J. rom. m.
98
n

J. rom. M.
98 n.

Chambon

<36634947550013

<36634947550013

Bayer. Staatsbibliothek

Die

Negotiorum Gestio.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. E. Chambon.

Leipzig, 1848.
Verlag der J. C. Hinrichs'schen Buchhandlung.

47.D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Meinem verehrten Freunde

Herrn

Dr. R. Jhering,

ordentl. Professor der Rechte zu Rostock

gewidmet.

Vorrede.

Wenn ein Autor die Darstellung einer wissenschaftlichen Lehre unternimmt, die noch wenig bearbeitet worden ist, so wird er aller der Vortheile, andrerseits aller der Beschwerlichkeiten theilhaftig die es gewährt, ein selten bestelltes Feld anzubauen. Er darf sich vielleicht der Hoffnung auf reiche und noch nicht gezogene Früchte hingeben, er vor Allen hat aber auch den Vorwurf zu fürchten, daß diese Früchte in keinem Verhältniß stehen zu der Ergiebigkeit des Bodens, dem sie entsprossen sind, ja er mag es gewärtigen, daß man ihn sogar wegen der Fruchtbarkeit des angebauten Gebiets selbst verantwortlich macht, daß mit dem Zweifel an der Wichtigkeit des Gegenstandes seinen Bemühungen von vorne herein jeder Anspruch auf irgend einen Werth genommen wird.

Eben in einer solchen Lage muß sich der Verfasser einer Monographie über die Negotiorum Gestio befinden. Ueberblicken wir die Litteratur, die uns über diese Materie als das Resultat einer wissenschaftlichen Thätigkeit während vieler Jahrhunderte geboten wird, so können wir dieselbe im Vergleich zu den reichen und mit dem glücklichsten Erfolg gekrönten Bestrebungen, die andern Lehren des Civilrechts zugewendet worden sind nur als eine fast spärliche, den durch sie gemachten Gewinn nicht als einen verhältnißmäßigen betrachten. Kein Vorwurf trifft in dieser Beziehung die Interpreten, ihnen verdanken wir vielmehr auch hier bei den wichtigsten Fragen die schätzbarsten Aufschlüsse, wohl vermißt man aber bei den nachfolgenden Systematikern fast durchgängig ein tieferes Eindringen in die eigentliche Natur unserer Materie, und es ist vielleicht einzig wieder Donell, der dieselbe in seinem Commentar einer entsprechenden Behandlung würdig gefunden hat. Diesen Mangel zu ersetzen ist auch eine ganze Reihe älterer Dissertationen wenig geeignet. Zwar versprechen einige derselben auf dem Titelblatt eine umfassendere Darstellung der Negotiorum Gestio, allein bei der Erfüllung ihrer Zusage begnügen sie sich mit der Wiederholung und nicht eben erquicklichen Verarbeitung schon früher als unzweifelhaft richtig anerkannter Grundsätze, andere machen sich nur die Beantwortung spezieller Fragen zur Aufgabe und erringen hier meistens

aus Mangel an freier und unbefangner Anschauung der Lehre in ihrer Gesammtheit nur einen sehr zweifelhaften Erfolg. In der That ist also seit den Interpreten während einer geraumen Zeit in der Litteratur über die Negotiorum Gestio ein Fortschritt kaum zu bemerken, und erst neuere Juristen haben sich das Verdienst erworben, auf diesem Gebiet das Versäumte nachzuholen. Zunächst ist dieß in Werken über das gesammte Civilrecht geschehen, die, wenn gleich durch ihre Bestimmung an einer genaueren Darstellung der einzelnen Lehre gehindert, dennoch theilweise die bisher verkannten Schwierigkeiten dieser Materie mindestens andeuten, theilweise zu deren Lösung namhafte Beiträge liefern. Ein ganz besonderer Gewinn aber ist aus einzelnen Abhandlungen erwachsen, die sich die Beantwortung vorzugsweise praktischer Fragen zur Aufgabe machten, und wie es bei dem begründeten Ruf ihrer Herren Verfasser nicht anders zu erwarten war, dieselben mit entschiedenem Glück erledigten. Dem Bearbeiter der Negotiorum Gestio mußten endlich auch noch mehrfache Untersuchungen verwandten Inhalts, welche die neuere Zeit geliefert hat, zu Gute kommen.

Bei diesem Zustand der Litteratur war der Versuch die Negotiorum Gestio in einer ihr ausschließlich gewidmeten Schrift zu behandeln sehr anziehend, zumal da sich bei genauerer Beschäftigung mit dieser Materie immer unzweifelhafter die Ueberzeugung herausstellte, daß nicht ihr eigner Unwerth die Vernachlässigung verschuldet hat mit der sie früher behandelt worden ist. Jenen Vorwurf einer Ueberschätzung des erwählten Gegenstandes glaube ich daher weniger fürchten zu müssen, nur um so größer ist dagegen die Besorgniß geworden, ob es auch meinem besten Willen möglich gewesen ist das vorgesetzte Ziel zu erreichen. Mannichfaltige Schwierigkeiten überwinden zu müssen wäre, wie ich glaube, bei dieser Materie selbst dem bewährtesten Schriftsteller nicht erspart gewesen, bei einem ersten Versuch wurde es überdieß zu einer mitunter nicht leichten Aufgabe bei der Darstellung die rechte Form und das rechte Maaß zu finden. Möge mir deßhalb die Bitte um wohlwollende Nachsicht gewährt sein.

Dresden, den 1. October 1847.

Dr. E. Chambon.

Inhalt.

Einleitung. S. 1—6.

Erster Abschnitt. Von den Erfordernissen der Negotiorum Gestio.

§. 1. Das negotium alienum. S. 7—11.

§. 2. Das negotium alienum. Fortsetzung. S. 11—22.

§. 3. Das neg. alien. Bestimmung des Begriffs. Anwendung desselben. S. 22—42.

§. 4. Der animus neg. alien. gerendi. Die Contemplation. Der Geschäftsherr. S. 42—50.

§. 5. Von der Ratihabition. S. 50—55.

§. 6. Von dem Einfluß der Ratihabition. S. 55—62.

§. 7. Das Requisit der utilitas. S. 62—76.

§. 8. Von einigen speziellen Behinderungsgründen einer klagbaren neg. gestio. S. 76—80.

Zweiter Abschnitt. Von den gegenseitigen Verbindlichkeiten aus der neg. gestio.

§. 9. Von der Verpflichtung des neg. gestor zur Geschäftsthätigkeit im Allgemeinen. S. 81—84.

§. 10. Die Verpflichtung des neg. gestor für den Herrn Schulden einzufordern. S. 84—90.

§. 11. Die Verpflichtung des neg. gestor als Schuldner des Dominus. S. 90—99.

§. 12. Folgen der Negligenz bei dieser Verpflichtung des neg. gestor. S. 99—101.

§. 13. Von der Verpflichtung des gestor zur Zinszahlung insbesondre. S. 101—104.

§. 14. Die Haftung des neg. gestor. S. 104—110.

§. 15. Berechtigungen des neg. gestor. Pflichten des Dominus. S. 110—114.

Dritter Abschnitt. Von der actio neg. gest.

§. 16. Die actio neg. gest. im Verhältniß zu andern Klagen. S. 114—130.

§. 17. Die actio neg. gest. an sich betrachtet. S. 130—140.

§. 18. Die actio neg. gest. contraria utilis. S. 140—161.

Vierter Abschnitt. Das Rechtsverhältniß zu dritten Personen.

§. 19. Erwerb von Besitz und Eigenthum durch den neg. gestor. S. 161—172.

§. 20. Der Erwerb von Forderungsrechten durch den neg. gestor. S. 172—184.

§. 21. Ueber die Verbindlichkeiten des Dominus aus den Handlungen seines neg. gestor. S. 184—191.

§. 22. Ueber die Verbindlichkeit des Dominus bei einer in rem versio. S. 191—197.

Fünfter Abschnitt. Verwandte Institute.

§. 23. Die actio funeraria. S. 197—208.

§. 24. Die actio in factum zwischen dem Schuldner und dem in den Besitz eingewiesenen Gläubiger. S. 208—212.

Die Negotiorum Gestio.

Einleitung.

Die Besorgung fremder Angelegenheiten findet im Römischen Recht insofern sie als Ergebniß eines auf sie gerichteten Vertrags, oder als Folge eines schon bestehenden obligatorischen Verhältnisses, oder endlich als Gegenstand einer auferlegten Amtspflicht erscheint, ihre rechtliche Beurtheilung in den Grundsätzen über das Mandat, die Societät, sowie in der Lehre von der Vormundschaft und der Verwaltung der Magistrate.

Solange sich aber in Rom die Gesetzgebung in ihrer Thätigkeit auf diese Arten der Geschäftsführung beschränkte, bei denen schon in einem vorangehenden Factum der Grund zu der entstehenden Obligation, und somit ein Zwang zu deren Erfüllung liegt, solange hatte sie ihre Aufgabe nicht erfüllt. Der Verkehr brachte es mit sich, daß fremde Angelegenheiten ohne alle weitere Veranlassung als die der Freundschaft und des persönlichen Wohlwollens besorgt wurden, und auch dieser Sachwaltung mußte eine rechtliche Wirkung verliehen werden, auch sie bedurfte eines gesetzlichen Schutzes. Der Mangel an letzterem führte zunächst zu einer großen Unbilligkeit gegen den Geschäftsführer, dessen aus uneigennütziger Thätigkeit erwachsne Ansprüche zu befriedigen lediglich dem Rechtlichkeitsgefühl des **dominus negotii** anheim gegeben war; empfindlicher noch war das fernere Resultat, daß sich Niemand mehr jenen Dienstleistungen unterzog, und somit die Geschäfte Derjenigen, die wegen Abwesenheit weder selbst ihre Angelegenheiten leiten konnten, noch einen Bevollmächtigten bestellt hatten, unberathen liegen blieben. Dieser Unzulänglichkeit des bestehenden Rechts abzuhelfen erließ der Prätor, der dem Verkehrsleben am nächsten stehend, einerseits zuerst das Bedürfniß in seinen ersten Regungen erkennen konnte, andrerseits durch die ihm verliehene Befugniß zur Rechtsbildung demselben Genüge zu leisten am besten im Stande war, ein Edict, nach welchem nicht in Folge eines unter den Interessenten ge-

schloßnen Uebereinkommens, oder aus einem anderweitig schon zwischen ihnen obwaltenden Verhältniß, sondern lediglich aus der Geschäftsführung selbst — ex negotiis gestis — eine gegenseitige klagbare Verbindlichkeit entsprang [1]).

Mit diesem Edict trat der Begriff der negotiorum gestio ins Leben. Seine Merkmale waren: Freiwilligkeit bei dem Handeln, insofern Zwang ein vorangehendes verpflichtendes Factum voraussetzte, zweitens Absichtlichkeit weil der Gestor eben wegen seiner uneigennützigen Absicht geschützt werden sollte, ohne dieß er einen Anspruch nicht haben wollte, also auch nicht erhalten konnte.

Allein bei weiterer Entwickelung des neuen Rechtsinstituts blieb dieser ursprüngliche Begriff nicht derselbe. War zuerst die neg. gestio neben jenen oben genannten Arten der Geschäftsführung wieder nur als eine einzelne Art der freiwilligen Vertretung erschienen, nämlich als diejenige, welche aus Wohlwollen für abwesende Freunde ohne deren Wissen vorgenommen wurde, so gewann sie bald in doppelter Beziehung eine größere Ausdehnung. Zunächst ließen sich unter sie diejenigen Fälle subsumiren, in welchen die Geschäftsführung wegen eines besonderen Mangels in der ihr zu Grunde liegenden Obligation den Charakter der Nothwendigkeit verlor, sie erschien als freiwillige klagbar, wenn sie es als gezwungene nicht mehr sein konnte [2]), außerdem durchdrang der neugeschaffene Begriff die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse selbst solche, die nicht zunächst auf Geschäftsführung gerichtet waren, und hierdurch wurde er bei jeder Thätigkeit in fremden Angelegenheiten, sofern diese sich nicht schon nach anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen ordnete, maaßgebend. Die neg. gestio umfaßte jetzt also jede an sich nicht schon klagbare Besorgung fremder Geschäfte, und bildete die allgemeine Verbindlichkeit zwischen dem Stellvertreter und Herrn während die Verwaltung des Mandatars, der Gesellschafter und des Vormunds als besondere Arten derselben erschienen.

Zu dieser Ausbreitung nach außen, die, wie einerseits bedingt durch die biegsame Natur der neg. gestio, so andrerseits auch in dieser und der freien Anwendung der letzteren im Verkehrsleben ihren nächsten Grund hatte, trat geleitet von den Römischen Juristen die

---

1) §. 1. Inst. de obl. qu. ex. contr. (III. 27.) l. 5. pr. Dig. de O. et A. (XLIV. 7.) l. 3. Dig. de neg. gest. (III. 5.) Ulpianus: Ait Praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, quum is moreretur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo. Von der Zweckmäßigkeit dieses Edicts handelt l. 1. Dig. eod.

2) l. 19. §. 2. l. 29. Dig. h. t. const. 6. Cod. de neg. gest. (II. 19.)

innere Entwickelung. Der Prätor hatte zur Erreichung seiner Absicht, der Geschäftsführung an sich einen gesetzlichen Schutz zu verleihen, dem Edict eine so allgemeine Fassung gegeben, daß kein Fall derselben in diesem ausgeschlossen erschien [1]). Ebenso unbeschränkt war die Anwendung der neu geschaffnen Klage, welche, wenn auch nicht in ihrem vollen Umfang doch selbst gegen Diejenigen zugelassen wurde, die sich durch ihren Consens nicht verbindlich machen konnten [2]). Ein vollständiger Schutz für den Geschäftsherrn war aber noch immer nicht erreicht, denn gegen ein frivoles Eindringen in seine Angelegenheiten, von welchem Pomponius in der l. 36. Dig. de div. reg. jur. (L. 17.) sagt: culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti [3]), konnte ihn die actio directa nicht bewahren, da er, obgleich mit ihr Schadensersatz zu fordern berechtigt, doch auch der contraria selbst dann ausgesetzt blieb, wenn die Geschäftsführung ihm nur zum Nachtheil gereicht hatte. Daher wurde zunächst wohl in der Praxis, sodann aber ganz allgemein als Erforderniß dieser contraria anerkannt, daß die Verbindlichkeit für den Herrn eine ersprießliche, wie es in den Quellen heißt, utiliter für ihn gehandelt worden sein müsse. Dieses Requisit leistete Gewähr für die völlige Sicherstellung des Herrn, und milderte zugleich die scheinbare Härte, die in der Verpflichtung der absentes und ignorantes lag, da mit ihm zur ausnahmslosen Rechtsregel erhoben wurde, was bisher nur stillschweigend vorausgesetzt worden war, daß nämlich die neg. gestio dem Dominus zum Vortheil gereichen solle. Wirksamer aber noch als bei dieser Bestimmung, bei welcher der Einfluß der Juristen mehr ein vermittelnder gewesen war, tritt ihre Thätigkeit hervor, wo sie productiver Natur erschien. Anwendung des neuen Begriffs auf schon bestehende Rechtsverhältnisse, Durchführung der gewonnenen Regeln an den verschiedenartigsten Fällen des Lebens, verbunden mit steter Rücksicht auf das ursprüngliche Wesen der Gestio, und einem strengen Festhalten an den diesem entnommenen Prinzipien, führten zu einer Menge neuer Rechtssätze, die,

---

1) Ausdrücklich erwähnt der Prätor mit den Worten: — sive quis negotia, quae cujusque, quum is moreretur, fuerint, gesserit — einen Fall, in welchem die Entstehung der Verbindlichkeit zweifelhaft sein konnte.

2) l. 3. §. 4. 5. l. 6. Dig. h. t.

3) Gegen diesen Ausspruch des Pomponius bemerkt Donell: comm. l. XV. cap. 15. §. 7. (ed. Bucher vol. IX. p. 139.) Quod si naturae lex et ratio dictat: inter homines cognationem quandam mutuam constitutam esse, quod Florentinus scripsit (l. 3. Dig. de just. et jur. II. 1.) culpa sit potius, ubi tueri et gerere aliena negotia recte possis, hoc officium omisisse.

in unsern Quellen aufbewahrt, hier nicht einzeln genannt, sondern nur in ihrer Gesammtheit als Resultat der wissenschaftlichen Bearbeitung unserer Materie hervorgehoben werden können. Erst durch diese innere Entwickelung sind die äußern Gränzen der unaufgetragnen Geschäftsführung gegenüber dem Mandat, der Tutel und andern Verwaltungen schärfer gezogen, und Bestimmungen getroffen worden, die zur Vereinigung der dem Gestor bei seiner Thätigkeit natürlich zustehenden Freiheit mit dem Interesse des Herrn das gegenseitige Verhältniß ordneten und sicherten.

In dieser Art durch das Leben und die Wissenschaft gebildet, erscheint die Negotiorum Gestio im Justinianischen Recht. Sie ist auf dem gesammten Gebiete der Verwaltung, soweit diese überhaupt einen Anspruch hervorrufen kann, die zu Grunde liegende Obligation, welche auch dann noch übrig bleibt, wenn die Verbindlichkeit aus einer speziellen Art der Geschäftsführung mit dem sie charakterisirenden Moment untergegangen ist, sie ist dieß ihrer Natur nach, weil durch sie die Ansprüche zu ihrer Erfüllung gelangen, die aus der Besorgung fremder Angelegenheiten ohne vorhergehendes Uebereinkommen, dem sie sonst ihren rechtlichen Bestand verdanken, entsprungen sind.

Der Begriff der Negotiorum Gestio ist aber hiermit ein anderer geworden, als der ursprüngliche in dem Edict gegebne und durch die Merkmale der Freiwilligkeit und Absichtlichkeit des Gestor bei seinem Handeln gebildete war. Die Absichtlichkeit oder der animus negotia aliena gerendi erscheint in der Negotiorum Gestio als das subjective Moment im Gegensatz zu dem objectiven, welches in der Existenz eines fremden Geschäfts besteht. Beide Momente, die bald neben einander, bald das eine vor dem andern entscheidende Bedeutung gewinnen, sind zur Entstehung einer gegenseitigen Verbindlichkeit erforderlich, denn wie jedes derselben das Vorhandensein einer betheiligten und berechtigten Person voraussetzt, so liegt auch in dem Mangel des einen oder des andern der Wegfall eines der Interessenten und der diesem zustehenden Klage. Allein an den Quasicontract, aus dem die directa und contraria actio erwächst, ist der Begriff der Negotiorum Gestio nicht gebunden, er geht über diesen hinaus, und wie einerseits das objective Moment überhaupt nicht fehlen kann, da ohne ein fremdes Geschäft eine Besorgung fremder Angelegenheiten nicht denkbar ist, so bleibt andrerseits er auch dann bestehen, wenn nur dieses vorhanden ist, und das subjective an sich irrelevant seine Bedeutung lediglich als Erforderniß zu der für den Gestor entstehenden Klage behält.

Man darf also, wenn es sich um eine Definition handelt, die Negotiorum Gestio nicht bloß als die absichtliche Geschäftsführung ohne Auftrag bezeichnen [1]), denn auch in dem Fall wenn fremde Angelegenheiten als eigne besorgt wurden ist sie vorhanden; richtiger setzt man das Charakteristische an ihr in den Gegensatz, in welchem sie zu der mandirten Geschäftsführung steht. Ihr Begriff bildet sich daher zunächst durch negative Merkmale, denn ihren positiven Charakter: das Handeln für einen Fremden hat sie mit dem Mandat, der Tutel und den sonstigen nothwendigen Verwaltungen gemein, und ihre Selbstständigkeit gewinnt sie nur durch Negirung der bei diesen entscheidenden Momente. Deßhalb ist bei ihr auch nicht Requisit, daß gar kein Auftrag vorhergehe, ihr Grund darf nur nicht in einem gültigen und rechtskräftigen Mandat beruhen, weil aus diesem eine besondere Verbindlichkeit entspringt. Mit Recht kann daher Ulpian in l. 3. §. 10. Dig. h. t. sagen, die actio neg. gest. stehe auch gegen Denjenigen zu, der urgente necessitate oder suspicione necessitatis also nicht freiwillig sich fremder Geschäfte angenommen habe, wenn die necessitas nicht der Art ist, daß durch sie schon das Verhältniß klagbar wird, so kann auch jene Klage nicht ihre Anwendbarkeit verlieren.

Ebenso wird das Wesen der Negotiorum Gestio durch die Behauptung mißverstanden, daß bei ihr die absentia und ignorantia des Herrn erforderlich sei [2]), und zweitens als Grund der aus ihr entstehenden Verbindlichkeit ein Consens fingirt werden müsse [3]). Die erstere der genannten Eigenschaften ist durchaus unwesentlich und die häufige Erwähnung derselben in unsern Quellen findet ihre vollständige Erklärung in der Betrachtung, daß allerdings die Rücksicht für die Abwesenden zunächst zu rechtlichen Bestimmungen über die unaufgetragne Geschäftsführung Veranlassung gab. Die Unwissenheit des Dominus kommt nur insofern in Betracht, als sie einen Auftrag

1) Thibaut, System des Pand. R. Bd. II. §. 628. hält das Merkmal der Absichtlichkeit fest, indem er sagt: Unter der neg. gestio versteht man den Fall, wenn Jemand absichtlich die Geschäfte eines Andern besorgt. Anders: Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. Bd. II. §. 434. Kritz, Das Pand. R. Th. I. Bd. I. Von der neg. gestio. S. 348. v. Vangerow, Leitfaden für Pand. Vorles. Bd. III. §. 664. S. 481.

2) Cocceji, Jus civile contr. ad tit. de neg. gest. Qu. 2.

3) Vergl. Glück, Comm. zu den Pand. Bd. V. §. 416—418. Daß ein Consens zu fingiren sei behauptet: Höpfner, Institut. Comm. §. 934. Ueber die Annahme des consensus praesumtus vergl. auch: Wächter, Beiträge zu der Lehre von der neg. gestio im Archiv für civilist. Praxis. Bd. XX. S. 348. Anmerk. 17.

unbedingt ausschließt. Ob dieser vorliegt oder nicht, darin ruht das die Negotiorum Gestio von dem Mandat unterscheidende Merkmal, nicht aber in der ignorantia des Herrn. Die Lehre von dem fingirten Consens endlich verliert ihre Haltbarkeit schon durch den bekannten Grundsatz, daß auch Derjenige bei der Negotiorum Gestio verpflichtet wird, der, wie z. B. der Wahnsinnige, nicht consentiren kann [1]); noch schwieriger ist aber diese Ansicht in dem Fall zu begründen, wenn der Geschäftsherr durch die Behauptung daß nicht utiliter gehandelt worden sei, sich gegen die actio contraria zu schützen sucht. Hier tritt seine wahre Willensmeinung mit der fingirten in geraden Widerspruch.

Aus dieser Betrachtung des Ursprungs und Entwicklungsganges der Negotiorum Gestio zeigt es sich, daß es zwar ein abgeschloßnes Gebiet ist, auf dem wir uns bei dieser Materie bewegen, daß aber die verschiedenartigsten Verhältnisse im Civilrecht den Boden ausmachen können, auf dem wir ihrer Wirksamkeit und ihrem Einfluß begegnen. Ihr hier überall zu folgen kann unsre Aufgabe nicht sein, diese beschränkt sich zunächst auf die Untersuchung über die derselben unter allen Umständen eigenthümlichen Natur, aus deren Erkenntniß sich für jeden concreten Fall ein Urtheil gewinnen läßt, ob eine unaufgetragne Geschäftsführung angenommen werden kann oder nicht. Erst wenn sich hierüber bestimmte Resultate ergeben haben, darf die Darstellung zu den Wirkungen fortschreiten, die der Quasicontract unter den Contrahenten selbst und dritten Personen äußert.

---

1) l. 3. §. 5 Dig. h. t.

Erster Abschnitt.

Von den Erfordernissen der negotiorum gestio.

§. 1. Das negotium alienum.

Daß nur ein fremdes Geschäft Gegenstand einer Negotiorum Gestio sein kann — dieß ist ein Grundsatz der, wenn gleich in seinen Consequenzen auch noch zuweilen verkannt [1]), doch eines Beweises nicht bedarf. Wenn nun der Begriff des negotium alienum ein bekannter, in unsern Quellen oder anderweitig bestimmt gegebner wäre, so würde sich die ganze hier vorzutragende Lehre vielleicht in wenige Sätze zusammen fassen lassen, in der That aber finden sich in den Quellen statt einer Angabe jenes Begriffs nur eine Reihe von Entscheidungen, die sich auf ein ohne Zweifel ihn bestimmendes aber nirgends ausgesprochnes Prinzip stützen, spätre Juristen haben an die Stelle wissenschaftlicher Forschung nach diesem Prinzip weitläufige und zum Theil ziemlich inhaltsleere Definitionen gesetzt, in der neuern Zeit hat er eine ernstlichere Berücksichtigung kaum gefunden, es ist auch wohl geradezu die Möglichkeit geläugnet worden, auf die identische Frage: wann die Römer ein Geschäft als das eigene des Geschäftsführers betrachtet hätten? — eine einfache und allgemeine Antwort zu geben [2]).

Soll nun dennoch der unter diesen Verhältnissen vielleicht gewagte Versuch gemacht werden, diejenigen Grundsätze aufzufinden, die jenen Entscheidungen der Römischen Juristen zu Grunde liegen, und ebenso für uns die Anleitung zur Construction des gesuchten Begriffs geben, so bedarf es, wenn diese Bestrebung nicht von Anfang herein den Keim ihres Mißlingens in sich tragen soll, zunächst einer möglichst scharfen Auffassung des Gegenstandes unserer Untersuchung. Erinnern wir uns hier an den schon in der Einleitung angedeuteten Unterschied zwischen einem subjectiven und objectiven Moment bei der Negotiorum Gestio, so ist soviel ersichtlich, daß wir es hier mit dem letzteren zu thun haben; denn dieses als das eigentlich sachliche Moment wird seinem Wesen nach durch die Existenz eines fremden Geschäfts gebildet. Allein diese Gewißheit darf uns nicht genügen. In dem Begriff des neg. alienum

---

1) Dieß ist z. B. geschehen, indem man dem Correalschuldner der gezahlt hat eine neg. gest. actio utilis gegen seine Mitschuldner gab; der correus handelte ja durchaus nicht in einer gemeinschaftlichen oder fremden Angelegenheit, er erfüllte durch die Zahlung nur seine eigne Obligation. v. Vangerow, Leitfaden Bd. III. §. 573.

2) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. §. 37. S. 404. Not. 353 a).

liegt zunächst nur die Behauptung, daß es nicht das eigne des Geschäftsführers ist, die sofortige Beziehung auf eine andere Person wird in ihm noch nicht als nothwendig vorausgesetzt, diese Eigenschaft kann es möglicher Weise erst durch den Willen des Gestor erhalten, und diesem verdankt daher die Negotiorum Gestio zuweilen ihre Entstehung, während in einem andern Fall derselbe hierzu ganz irrelevant ist. So erscheint die Stützung eines fremden Hauses stets als neg. alienum, in welcher Absicht und in wessen Namen sie auch vorgenommen worden sein mag, wenn hingegen Jemand einen Kauf abschließt, so kommt Alles darauf an, für wen dieß geschehen ist, erst dadurch, daß der Käufer für einen Andern handeln wollte, wird das Geschäft ein fremdes. Auch bei dem objectiven Moment stellen sich also noch wieder zwei Seiten heraus, insofern es einerseits ganz rein und mit dem subjectiven unvermischt erscheinen kann, andrerseits aber auch die Möglichkeit in sich trägt durch die Absicht des Geschäftsführers erst begründet zn werden. Aus dieser Betrachtung ergiebt sich aber, daß, wenn es auch natürlich in unsrer Aufgabe liegt dasselbe in dieser zweifachen Natur kennen zu lernen, wir es doch, wo es sich um die Frage nach dem Begriff des neg. alienum handelt, offenbar nur mit dem objectiven Moment in seiner ersteren Gestaltung zu thun haben, und unter Verweisung auf die weiter unten folgende Lehre von dem animus negotia aliena gerendi hier als Gegenstand der Untersuchung das rein objectiv fremde Geschäft, welches diese Eigenschaft ungeachtet jedes, selbst eines entgegenstehenden Willens bewahrt, bezeichnen müssen.

Ueber die verschiednen Beziehungen, in welchen ein Geschäft zu unserm Vermögen stehen, und somit als das unsrige erscheinen kann, hat sich schon sehr früh eine ziemlich bestimmte Lehre gebildet, die mit geringen Abweichungen von allen Juristen festgehalten, wie eine Art Tradition auf uns gekommen ist. Diese stabilen Ansichten sind für uns schon wegen der dauernden Anerkennung, die sie gefunden haben, von Interesse, gleich im Anfang aber eine kurze Uebersicht derselben zu geben, scheint um deßwillen besonders rathsam, weil bei der hieran sich knüpfenden Kritik wir durch den Nachweis mancher ihnen inwohnender Mängel und Unzulänglichkeiten an Sicherheit für die eigne Untersuchung gewinnen.

In der Glosse zunächst heißt es, daß ein Geschäft aus vier verschiednen Gründen das unsrige sein könne [1]): cura et sollicitudine,

---

1) ad l. 6. §. 11. Dig. h. t.

re ipsa, ratihabitione und ipso gestu. Cura, wenn es unserer Sorgfalt anvertraut sei, wir daher wegen Vernachlässigung desselben verantwortlich wären, und von dieser Haftung durch seine Besorgung von Seiten eines Dritten befreit würden. Re ipsa geht nach ihr uns das mit unserer Sache nothwendiger oder nützlicher Weise vorgenommene Geschäft an, die Absicht des Gestor soll hier nur einen Unterschied hinsichtlich seiner eigenen Berechtigung gegen den Herrn machen, gegen den ihm bald eine Klage, bald nur eine Exception zustehe. Sehr nahe verwandt mit diesem ist das neg. ipso gestu nostrum, welches, wie z. B. die Stützung eines uns zugehörigen Hauses, sofort wenn es geführt wird, seine Angehörigkeit durch seine unmittelbaren Wirkungen zeigt. Ratihabitione endlich ist dasjenige Geschäft das unsrige, welches ohne alle ursprüngliche Beziehung auf unser Vermögen diese vielmehr erst durch unsere Genehmhaltung empfangen hat.

Anerkannt findet sich also schon bei den Glossatoren, daß die Besorgung eines objectiv fremden Geschäfts für den Geschäftsführer eine Verpflichtung als Gestor hervorruft; allein die absichtliche Negotiorum Gestio wird, wenn gleich auf den Unterschied der zwischen einem Handeln in eignem und fremdem Namen besteht, hingewiesen ist, doch nicht durchgreifend von der unabsichtlichen geschieden. Das objectiv fremde Geschäft wird dem Dominus stets ipso gestu oder re ipsa angehören; allein re ipsa kann auch dasjenige uns angehen, welches durch die Gesinnung des Gestor erst zu einem fremden, und in Folge davon wegen einer gewissen an uns sich vorfindenden Eigenschaft zu dem unsrigen wird. Wenn Jemand an die Gläubiger einer Erbschaft zahlt, so ist die Zahlung an sich noch kein fremdes Geschäft; hat er aber den Willen für den Erben zu handeln, und liberirt er also diesen, so ist der heres Geschäftsherr eben weil er Erbe ist.

An diese Begriffsbestimmung der Glosse haben sich nun, wie schon bemerkt wurde, die spätern Juristen, und besonders die Interpreten mit so geringen Modificationen angeschlossen, daß eine Aufzählung ihrer Ansichten wenig mehr als ein Register von Wiederholungen bieten würde [1]). Wir können uns deßhalb damit begnügen, hier nur noch die Lehre des Donell hervorzuheben, der durch die hohen Verdienste, welche er sich auch um unsere Materie vor den meisten

1) Als Beispiel welcher Art diese Abweichungen sind, mag hier die Eintheilung des Duarenus Platz finden. Er unterscheidet im cap. III. ad tit. de neg. gest. ein negotium proprium: a) propter dominium, b) propter curam et munus, quo quis fungitur, c) propter ratihabitionem.

seiner Vorgänger und Nachfolger erworben hat, dieses Vorzugs würdig, in seinem System des Civilrechts eine verhältnißmäßig selbstständigere Theorie entwickelt. In seinem Com. de jure civili lib. XV. cap. 17 heißt es [1]):

§. 2. Negotium cujusque fit aut re ipsa, aut gerentis contemplatione cum voluntate ejus, cujus nomine agitur conjuncta.

§. 3. Re ipsa negotium nostrum esse recte dixeris, cujus gesti commodum aut incommodum vere et re ipsa ad nos pertinet. Quod negotium ita re ipsa nostrum est, id aut nostrum est ipso gestu, id est jam ab initio cum geritur, aut nostrum fit postea eventu.

§. 4. Ipso gestu et jam ab initio nostrum est, cujus gesti commodum aut incommodum statim ad nos pertinet.

§. 5. Eventu nostrum fit negotium, cum cujus gesti commodum aut incommodum ab initio ad nos omnino non pertinet, ejus incommodum eventu incipit pertinere. —

Hier ist es als großes Verdienst anzuerkennen, daß Donell das an sich zuständige Geschäft dem erst durch den Willen des Geschäftsführers angehörenden entgegensetzt. Außerdem subsumirt er von seinem höheren Standpunkt aus das negotium ipso gestu pertinens unter das re ipsa alienum negotium. Vollständig befriedigen kann aber auch seine Ausführung deßhalb nicht, weil er erstens theilweise die Natur des objectiv fremden Geschäfts verkennt, und zweitens demselben nicht das mit dem animus neg. aliena gerendi geführte Geschäft, sondern das contemplatione alterius besorgte entgegensetzt.

Wenn nämlich Donell sagt: re ipsa negotium nostrum esse recte dixeris, cujus gesti commodum aut incommodum vere et re ipsa ad nos pertinet, so läßt sich gegen die Richtigkeit dieses Satzes zwar nichts einwenden; allein eine Definition des objectiv fremden Geschäfts enthält er nicht, denn nicht dessen Begriff, sondern dessen Wirkungen werden hier angegeben. Ist es entschieden wer bei einem Geschäft das commodum oder incommodum trägt, so wird über die Person des Dominus allerdings kein Zweifel sein können, wenn wir aber die Frage, ob der Geschäftsführer sein eignes oder ein fremdes Geschäft besorgt hat, eben deßhalb thun, um zu erfahren, wer den erwachsenen Nutzen beanspruchen kann, so ist die Antwort des Donell uns nicht förderlich, da sie als bekannt voraussetzt was wir erst erfahren wollen. Man könnte nun zwar jenen Satz auch so verstehen: Nur dasjenige Geschäft ist objectiv das unsrige, dessen günstiger oder

---

1) Edit. Bucher. vol. IX. pag. 152 sq.

ungünstiger Erfolg an sich schon, nicht erst in Folge einer hier anzunehmenden Gestio uns trifft; diese Deutung wäre aber nicht im Interesse des Juristen, denn in der That würde bei dieser Auffassung sein Anspruch nur theilweise richtig sein. Auch der Erbschaftsverkäufer führt, wenn er nachmals eine einzelne res hereditaria veräußert das negotium des Käufers, das mögliche Incommodum bei diesem Verkaufe trifft aber den Letzteren durchaus nicht, da er den Sachwerth des veräußerten Gegenstandes fordern, ja sogar sein Interesse ersetzt verlangen kann [1]).

Was den §. 2 betrifft: negotium cujusque fit aut re ipsa, aut gerntis contemplatione cum voluntate ejus, cujus nomine agitur conjuncta, so geräth Donell hiermit in Gefahr dahin mißverstanden zu werden, als ob er den animus neg. aliena gerendi auch bei dem neg. re ipsa alienum voraussetze. Von jenem animus, der contemplatio und dem zwischen beiden zu machenden Unterschied kann genauer erst weiter unten die Rede sein, daß es aber der erstere ist, der dem objectiv fremden Geschäft gegenüber geltend gemacht werden muß und nicht die Contemplation, dieß läßt sich schon hier an einem Beispiele nachweisen. Angenommen: Titius ist Schuldner des Sejus, Sempronius hält den Gajus für den Gläubiger, und cassirt für diesen die Forderung ein. Hier ist die Contemplation bei dem Sempronius auf den Gajus gerichtet, für Sejus ist die Einziehung der Schuld kein Geschäft das ihm objectiv angehört, nach Donell würde er streng genommen nicht ratihabiren, den Sempronius nicht als seinen Gestor betrachten können. Er kann dieß aber ohne Zweifel thun, weil Letzterer mit dem animus neg. aliena gerendi handelte, und sein Wille mit diesem animus nicht mit der Contemplation vereinigt das Geschäft zu dem seinigen machte.

Am wenigsten zu rechtfertigen ist endlich die in §. 3 aufgestellte Behauptung, daß ein Geschäft durch seinen Ausgang zu dem unsrigen werden könne. Passender aber als hier wird diese Ansicht weiter unten bei der Interpretation der l. ult. Dig. h. t. der sie ihren Ursprung verdankt, besprochen werden. —

§. 2. Das negotium alienum. Fortsetzung.

In der eben dargestellten Lehre bestimmt Donell, wie wir gesehen haben, den Begriff des neg. alienum nicht seinem Wesen sondern seinen Wirkungen nach. Diese bestehen darin, daß dem Geschäftsherrn das Commodum wie das Incommodum erwächst, ihr Grund

1) l. 21. Dig. de hered. vend. (XVIII. 4.) const. 6. Cod. eod. (IV. 39).

ließe sich also zunächst in dem Periculum suchen, das der Dominus trägt, und richtiger hätte vielleicht Donell sagen können: re ipsa ist ein Geschäft das unsrige wenn wir die Gefahr desselben tragen [1]). Allein auch diesen Grundsatz würden wir als einen durchgreifenden nicht anerkennen dürfen. Trägt bei einem negotium ein Anderer als der Gestor selbst die Gefahr, so kann ein Zweifel, ob dasselbe ein fremdes sei, nicht entstehen. Der Grund jeder Angehörigkeit eines Geschäfts kann nur in dem Interesse liegen, das wir an demselben haben, ein directeres und stärkeres Interesse aber als das durch unmittelbares Risico begründete, läßt sich nicht denken, wer dieses hat, und in Folge davon von dem entstandenen Schaden betroffen wird, der hat ohne Zweifel auch Anspruch auf den erwachsenen Nutzen, ist also dominus negotii. Ein deutliches Beispiel hierfür giebt das Verhältniß des bonae fidei possessor hereditatis zu den wahren Erben. Alle Dispositionen, welche Jener, hinsichtlich der res hereditariae macht, gehen auf die Gefahr des Letzteren als des eigentlich Berechtigten. Dieser kann daher auch, eben weil seine Geschäfte geführt worden sind, den gemachten Gewinn in Anspruch nehmen, und darf also bei vorgenommenen Veräußerungen wie er sich mit dem geringeren Preise, den der Besitzer empfangen hat, begnügen muß, andererseits diesen auch fordern, wenn derselbe den Sachwerth bei weitem übersteigt [2]). Von einer Untersuchung über den Begriff des neg. alienum können wir uns aber mit der Erklärung, daß unter diesem ein Geschäft zu verstehen sei, welches auf fremde Gefahr gehe, um deßwillen nicht abfinden, weil auch sie an derselben Unzulänglichkeit wie die von Donell gegebene leidet. Auch sie giebt wenn die Frage ob ein fremdes oder eignes Geschäft besorgt worden ist, eben deßhalb gethan wird, um zu erfahren, wer die Gefahr für dasselbe trägt entweder gar keinen oder wenigstens keinen genügenden Aufschluß. Das erstere ist der Fall bei folgender Auffassung: das Geschäft, welches auf unser Periculum geht, ist das unsrige, weil unser Geschäft besorgt worden ist, wenn wir die Gefahr für dasselbe tragen. Hier erscheint die Erklärung als Resultat der Betrachtung, daß der dominus negotii das Periculum trägt, weßhalb er aber Eigenthümer

1) Dieß konnte Donell nicht thun, weil sich hiermit die Annahme, daß ein Geschäft eventu d. h. durch den schließlichen Erfolg zu dem unsrigen werden könne, mit deren Hülfe er die l. ult. Dig. h. t. erklärt, nicht vertragen haben würde.

2) l. 20. §. 17. l. 28. Dig. de hered. pet. (V. 3.) — omne lucrum auferendum esse, — bonae fidei possessori — dicendum est.

des Geschäfts ist, das wird nicht angegeben. Nehmen wir dagegen an, ein negotium alienum sei dasjenige Geschäft, welches an sich nicht erst in Folge des dominium auf fremdes Periculum gehe, so ist dieser Satz nicht allgemein richtig. Dieß zeigt sich aus der schon erwähnten:

L. 21. Dig. de hered. vel act. vendit. (XVIII. 4.) Paulus libro XVI. Quaestionum. Venditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit; quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat? nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse; quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, et is decesserit, an pretium ejusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora praecessisset; sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri ut negotium ejus agam tamquam hereditatis [1]). Sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tamquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestat bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si culpa ejus argueretur.

In diesem Fragment sagt Paulus: der Verkäufer einer res singularis, welcher dieselbe aus Eigennutz zum zweitenmale veräußert, braucht, wenn die Sache ohne sein Verschulden untergegangen ist, dem ersten Käufer, der ihm, ohne diese zu erhalten, zahlen muß, nicht den Preis, den er durch den zweiten Verkauf empfing, zu restituiren, weil dieser nicht ex re kommt, sondern durch eine weitere Negotiation gewonnen wurde. Hieraus läßt sich nun allgemein der Satz abstrahiren, daß Derjenige, welcher eine Sache zu leisten hat, den Gewinn, welchen er durch seine weitere Geschäftsthätigkeit mit derselben gemacht hat, für sich behalten kann. Dieß müßte denn auch für den Verkäufer einer Erbschaft gelten, der eine einzelne Sache

1) So liest: Hasse, Culpa des Römischen Rechts Kap. 10. 2te Ausgabe. S. 308.

aus derselben veräußert, allein von diesem sagt Paulus, er führe durch diese weitere Disposition das Geschäft des Erbschaftskäufers, müsse daher den Preis restituiren ebenso wie der Verkäufer die Früchte, welche er von der veräußerten Sache gewinnt, leisten soll. Woher erklärt sich nun diese Auffassung des venditor hereditatis als negotiorum gestor? Durch den geschlossenen Verkauf selbst entsteht für Jenen eine Verbindlichkeit zu weiterer Thätigkeit zum Besten des Käufers, und somit eine Verpflichtung desselben als Geschäftsführers nicht. Dieß sagt Paulus ausdrücklich durch die Worte: quamvis si neglexisset ut alienum nihil ei imputari possit, außerdem finden wir es auch noch bestätigt durch die l. 2. §. 7. Dig. eod. tit. Julianus ait: quod non debitum exegerit, retinere heredem. Stünde der Verkäufer der Erbschaft hinsichtlich seiner Restitutionspflicht dem Gestor überall gleich, so müßte er auch gleich diesem die erhaltenen indebita restituiren [1]), in das Verhältniß des Letzteren tritt er aber erst durch die Vornahme des Geschäfts (tacite hoc agi videtur et q. s.) und zwar nicht im Allgemeinen, sondern nur in Bezug auf dieses allein. Sollen wir nun glauben, daß der Jurist hier willkührlich eine neg. gestio angenommen habe? Abgesehen davon, daß hierin für diesen eine durch nichts gerechtfertigte Beschuldigung läge, würde sich gar kein Grund auffinden lassen, der ihn dazu hätte veranlassen können; in einer Billigkeit gegen den Erbschaftskäufer würde man diesen wenigstens nicht suchen dürfen, da Paulus in seiner rigoristischen Consequenz dem Verkäufer der res singularis, für den die in der l. 21. gegebene Bestimmung gewiß hart erscheint jeden Anspruch auf Erstattung des Preises versagt hat. Es bleibt daher allein die Annahme übrig, daß der Jurist die Veräußerung der res hereditaria und die Negotiation zur Erwerbung der Früchte als objectiv fremde Geschäfte betrachtet hat, deren Besorgung sofort das Verhältniß einer Negotiorum Gestio herbeiführt.

Offenbar können wir aber diese Ansicht mit dem oben aufgestellten Grundsatz, daß ein neg. alienum dasjenige sei, welches auf fremdes Periculum gehe, nicht vereinigen. Wenn der venditor hereditatis eine einzelne Sache veräußert, so hat der Käufer dem er zur Leistung derselben verpflichtet ist, das Recht von ihm den wahren Werth derselben, ja sogar sein Interesse zu fordern [2]). Der Verkauf geht also durchaus nicht auf das Periculum des letzteren, dieser trägt nicht den aus ihm erwachsenen Schaden, kann also auch nicht Anspruch

1) l. 23. Dig. h. t.
2) const. 6. Cod. de hered. vend. (IV. 39).

auf den Nutzen haben. Ebenso der Käufer des fundus. Von diesem zweiten Fall einer Gestio in der l. 21. cit. bemerkt Hasse [1]), daß er wieder in drei andere zerfalle. Entweder zog der Verkäufer nicht soviel Früchte, als von einem diligens paterfamilias gefordert werden konnte, und hier war er wegen der ihm zur Last fallenden Culpa verantwortlich, nicht als Gestor sondern ex vendito, weil er sein eignes ihm obliegendes Geschäft nachlässig geführt hatte, oder er hatte so viel Früchte gewonnen, als er zu ziehen verbindlich war, in welchem Fall sich kein Anspruch gegen ihn erheben ließ, da er seine Verbindlichkeit als Verkäufer erfüllt hatte, eine besondere Geschäftsthätigkeit ihm aber nicht zugemuthet werden konnte, drittens endlich ist es möglich, daß er durch ein außerordentliches Raffinement mehr als die gewöhnlichen Früchte gezogen hatte. Dieses negotium betrachtet Paulus als alienum, und legt ihm deßhalb die Restitution des gemachten Gewinns auf. Auf die Gefahr des Käufers wird aber auch dieses Geschäft nicht geführt, denn das Recht die gewöhnlichen Früchte zu fordern bleibt Letzterem immer unbenommen. Wenn wir nun eine Vergleichung zwischen den Fällen, in welchen die l. 21. cit. ein fremdes Geschäft annimmt, und dem Verhältniß des Verkäufers einer einzelnen Sache zu dem Käufer, wo dieß nicht der Fall ist, anstellen, so scheint sich auf den ersten Anblick ein Unterschied gar nicht zu ergeben. Ueberall findet sich die Verpflichtung zur Leistung einer Sache, überall trägt das Periculum des mit diesen vorgenommenen Geschäfts der Gestor selbst, den casus rei, aber Derjenige, der sie zu fordern berechtigt ist, weßhalb ihm auch das dieser ohne Negotiation erwachsende Commodum zufällt. Allein wenn wir nun den Fall der venditio rei singularis verändern, und an die Stelle des zweiten Verkaufs eine anderweitige Negotiation setzen, welche auf den Gewinn außerordentlicher Früchte gerichtet ist, wird er dann nicht identisch mit dem von Paulus angeführten Fall der venditio fundi? Hieraus ließe sich vielleicht der Schluß ziehen, daß der gesuchte Unterschied in der Art des unternommenen Geschäfts liege, daß der Verkauf in dieser Beziehung einer andern Verwaltungshandlung nicht gleichzustellen sei, dagegen spricht aber wieder das Beispiel des Erbschaftsverkäufers, dessen weitere Veräußerung als neg. alienum gilt. Jener Schluß giebt daher zunächst kein Resultat; allein er ist dennoch geeignet, uns zu demselben zu verhelfen. Durch seine Vermittlung gelangen wir zu der Betrachtung, daß der zweite Verkauf der einzelnen Sache in

---

1) Hasse a. a. O. S. 311.

einem ganz andern Lichte erscheint als die von dem venditor hereditatis vorgenommne Veräußerung. Wer eine Sache zu fordern berechtigt ist, hat unzweifelhaft auch einen Anspruch darauf, mit derselben das Dispositionsrecht über sie zu erwerben. Wenn nun der zur Prästation Verpflichtete selbst über die Sache verfügt, so ist die Negotiation entweder der Art, daß das Jenem zustehende Recht auf die Sache unverkümmert bleibt, oder zweitens, daß durch sie die Prästation der Sache selbst unmöglich wird, an deren Stelle vielmehr ein anderes Leistungsobject tritt. Ist das Erstere der Fall, bekommt also auch nach dem geführten Geschäft der Berechtigte eben den Gegenstand, den er ursprünglich verlangen konnte, und mit ihm das daran geknüpfte Dispositionsrecht, so kann er hieraus, wie wir unten sehen werden, ein weiteres Recht auch auf das vorangegangene Geschäft ableiten, wurde aber durch die Negotiation die Sache selbst dem Berechtigten entzogen, und erhält er statt ihrer eben nur den Werth und sein Interesse vergütet, so wird ihm die Verfügungsbefugniß, deren Zuständigkeit von dem Uebergang des Objects selbst abhängt, niemals zu Theil, er kann also aus ihr auch nicht weitere Ansprüche erhalten. Dieß tritt ein bei dem zweiten Verkauf einer res singularis, durch welchen der Verkäufer sich außer Stand setzt dem ersten Käufer den Gegenstand selbst zu prästiren, dagegen aber die Verbindlichkeit auf sich nimmt dessen Werth und das Interesse zu leisten. Die Veräußerung einer Erbschaftssache nach der venditio hereditatis ist eine Negotiation ganz anderer Art. Sie verhindert nicht, daß der Käufer den gekauften Gegenstand, das heißt die Erbschaft und mit dieser die Dispositionsberechtigung erhält, letztere ist zwar durch die getroffene Verfügung schon ausgeübt, allein dieser Umstand weit entfernt dieselbe Beurtheilung möglich zu machen, die bei gänzlich entzogenem Dispositionsrecht in dem Fall der venditio rei singularis eintritt, dient nur dazu das Geschäft um so mehr als das seinige erscheinen zu lassen.

Jetzt wären wir vielleicht im Stande aus dem Ausspruch des Paulus einen Schluß auf den Begriff des neg. alieni zu ziehen, bevor wir aber dieß thun, wollen wir ein andres Verhältniß betrachten, in welchem wenn auch nicht ausdrücklich doch faktisch eine unabsichtliche Negotiorum Gestio angenommen wird: das Verhältniß des Erbschaftsbesitzers zu dem Erben.

Es wurde schon oben beispielsweise erwähnt, daß dem bonae fidei possessor gegenüber der Erbe sich alle Dispositionen gefallen lassen muß, daß er den glücklichen Erfolg beanspruchen kann, wie ihm der unglückliche zur Last fällt. Hieraus ergiebt sich zuvörderst, daß der

Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben als Geschäftsführer aufgefaßt wird, und zwar geschieht dieß ebenso wie bei dem Verkäufer einer hereditas nicht wegen eines muthmaaßlichen animus neg. aliena gerendi, und nicht im Allgemeinen, sondern nur in Bezug auf gewisse von ihm besorgte Angelegenheiten, die eben durch ihre Natur als neg. aliena die Verbindlichkeit hervorrufen. Daher steht der Ausspruch des Julian und Ulpian daß der bonae fidei possessor hereditatis das indebite Empfangene nicht zu restituiren brauche [1]), seiner Auffassung als Gestor nicht im Wege. Wie ihm einerseits eine Unterlassung nicht angerechnet, und eine sorglosere Handlungsweise nicht zur Last gelegt wird [2]), wie sich also seine Haftungspflicht innerhalb des Kreises der Geschäfte bei denen er als Gestor gilt, nothwendig dadurch verringert, daß er unwissentlich fremde Geschäfte führt, so erscheint er andrerseits überhaupt gar nicht als solcher, wo das negotium kein erbschaftliches war. Es ist lediglich die Qualität der Angelegenheiten, wodurch er zum Geschäftsführer gemacht wird; denn die Absicht für einen Andern handeln zu wollen, ist wenigstens bei dem Besitzer in gutem Glauben unmöglich. Die Eincassirung einer Nichtschuld, die offenbar kein negotium heredis ist, kann daher ihn auch nicht diesem gegenüber verpflichten.

Der Grund nun, weßhalb die von dem bonae fidei possessor vorgenommenen Geschäfte als fremde betrachtet werden, liegt zunächst in dem periculum negotiationis des Erben. Kann nach der Veräußerung einer Erbschaftssache durch den Besitzer in gutem Glauben der Käufer an ihn seinen Regreß nicht nehmen, und steht deßhalb dem Erben die Vindicationsbefugniß zu, so darf man, eben weil Letzterer hierdurch der Gefahr des Verkaufs auszuweichen im Stande war, das Geschäft nicht als diesem angehörig betrachten, und consequent muß ihm auch dann, wenn die veräußerte Sache unterging, oder er aus einem andern Grund sein Eigenthumsrecht nicht ausüben kann, das Recht abgesprochen werden mit der actio neg. gest. die ihm nach dem Zeugniß des Afrikan zusteht [3]), den Preis fordern zu dürfen. Schließen wir aber nun von dem bonae fidei possessor auf den malae fidei possessor hereditatis und sagen: Jener führt fremde Ge-

1) l. 20. §. 18. Dig. de hered. pet. (V. 3.) — quod indebitum exegit restituere eum non debere. Der Gestor muß das indebitum restituiren, l. 23. Dig. h. t.

2) l. 20. §. 18. cit. — nec imputaturum, quod non debitum solvit. l. 31. §. 4. Dig. eod.

3) l. ult. Dig. h. t.

schäfte, weil der Erbe die Gefahr derselben trägt, diesen trifft die Gefahr selbst, er kann also nicht als Gestor aufgefaßt werden, so ist dieses Resultat allerdings ein richtiges, allein gegen die Bündigkeit der Argumentation erhebt sich sofort ein Zweifel, da auch der Erbschaftsverkäufer bei der Veräußerung einer einzelnen Sache das Periculum trägt, und dennoch als Geschäftsführer betrachtet wird. Weßhalb hilft sich derselbe Paulus, der in der l. 21. cit. seine Entscheidung mit der Annahme eines neg. alienum rechtfertigt, in der l. 36. §. 3. Dig. de hered. pet. (V. 3.) wo er sagt: wenn der Besitzer in bösem Glauben eine Sache über den Werth verkauft habe, so solle dem Erben die Wahl zustehen, ob er den wahren Werth oder den erhaltenen Preis verlangen wolle, mit dem allgemeinen Grund: alioquin lucraretur aliquid praedo? — der Jurist zeigt, daß er nach seinem Princip diesen Verkauf nicht als fremdes Geschäft betrachtete, vielmehr den Erbschaftsverkäufer und den malae fidei possessor hered. ungeachtet Beide das periculum negotiationis trifft, nicht in eine Kategorie setzt, wir für uns gewinnen aber zweierlei: erstens die Ueberzeugung, daß wenn eine solche Veränderung als negotium heredis gilt, sobald sie von dem bonae fidei possessor vorgenommen wird, dieß nur deßhalb geschieht weil Letzterer in gutem Glauben handelte, und der Erbe die Gefahr trägt. Dieser kann daher lediglich unter der angegebenen Voraussetzung den Verkauf als sein Geschäft betrachten, und den gewonnenen Preis fordern, es steht ihm dieses Recht nicht zu, wenn er von dem Periculum befreit ist, weil der Besitzer keinen Schaden zu befürchten hat, das heißt: sobald er vindiciren darf, weil kein Regreß von Seiten des Käufers in Aussicht steht. Zweitens ersehen wir aber daraus daß der malae fidei possessor nirgends als Gestor erscheint, während der Erbschaftsverkäufer, der doch ebenfalls die Gefahr des Geschäfts trägt, als solcher aufgefaßt wird, daß den von Jenem besorgten Geschäften abgesehen von dem periculum negotiationis eine Eigenschaft abgehen muß wegen deren Mangel sie nicht als fremde betrachtet werden können, und an diese Reflexion knüpft sich die Frage: ob diese Eigenschaft, die das Geschäft unbedingt zu einem fremden macht, sich nicht, während sie bei den Handlungen des Besitzers im bösen Glauben fehlt, andrerseits mindestens bei einigen der von dem bonae fidei possessor vorgenommenen Negotiationen findet, hier also zu der schon durch das Periculum des Erben begründeten Angehörigkeit hinzutritt? Allerdings läßt sich nun annehmen, daß eine solche Eigenschaft, welche offenbar die von uns zu der Begriffsbestimmung des neg. alienum ge-

suchte ist, bei gewissen erbschaftlichen Geschäften vorliegt, nur ist sie nicht sofort erkennbar, weil sie ihrem Wesen nach nur bei der Verwaltung des bonae fidei possessor vorkommen kann, hier aber ihre Wirkungen mit denen des guten Glaubens und der hieraus sich ergebenden Folgen verschmelzen, mithin nicht selbstständig hervortreten. Durch die Existenz dieser Qualität, die wir sogleich kennen lernen werden, gewinnt das Verhältniß des Erbschaftsbesitzers zu dem Erben seine Gestaltung:

1) Bei der bonae fidei possessio durch den in einander greifenden Einfluß der objectiv fremden Geschäfte und der bona fides. Wenn solche Angelegenheiten besorgt werden, die an sich selbst, ohne Rücksicht darauf, wer die Gefahr derselben trägt, fremde sind, so ist der Besitzer sofort Gestor und der Erbe berechtigt, das Resultat derselben in Anspruch zu nehmen. Beispielsweise mögen als derartige Geschäfte aus den Quellen hervorgehoben werden: die Vermiethung erbschaftlicher Gegenstände und die Anstellung der actio ex lege Aquilia [1]). Wenn es denkbar wäre, daß der Erbschaftsbesitzer diese Negotiationen nicht fofort auf die Gefahr des Erben vornehmen könnte, so würde dieser dennoch das lucrum beanspruchen dürfen. Hier hat also die bona fides des Besitzers nur die Folge, daß sie Letzteren vor möglichem Nachtheil bewahrt; zweitens äußert sie aber bei anderweitigen Angelegenheiten die Wirkung, daß sie diese eben durch ihren genannten Einfluß zu fremden macht, wenn sie dieß bisher noch nicht waren. Ein solches Geschäft ist der Verkauf einer res hereditaria, wenn im Fall der Eviction dem Käufer ein Regreß zusteht.

2) Der malae fidei possessor führt unabsichtlich niemals fremde Geschäfte. Seinen Handlungen geht nothwendig stets jene innere Eigenschaft ab, durch welche sie als neg. aliena charakterisirt werden könnten, das Moment der Gefahr macht sie ebenfalls nicht dazu, denn diese trägt Jener jedesmal selbst [2]). Eben deßhalb kann aber die Stellung des Besitzers im bösen Glauben eine günstigere sein als die des bonae fidei possessor, und hierauf bezieht es sich wenn Paulus in der l. 36. §. 3. cit. sagt: bei dem Verkauf einer Erbschaftssache durch den Praedo solle der Erbe, wenn sie über den wahren Werth bezahlt worden sei, die Wahl haben, ob er diesen oder den erhaltnen Preis verlangen wolle. Wer bona fide eine solche Veräußerung vornimmt, muß das Kaufpretium restituiren, weil sein guter

---

1) Die Restitutionspflicht des auf diese Weise gezogenen Gewinns an den Erben ist ausgesprochen in l. 27. §. 1. l. 29. l. 55. Dig. de hered. pet. (V. 3.)

2) l. 20. §. 21. Dig. de hered. pet. (V. 3.)

Glaube den Erben verhindert von seinem Vindicationsrecht Gebrauch zu machen, das Geschäft deßhalb als Diesem angehörig erscheint. Der malae fidei possessor bindet durch seine Disposition den Herrn nicht, Letzterer kann daher auch nicht das negotium als das seinige betrachten, und Jenen als Gestor belangen. Zunächst würde also der Praedo nur den Werth zu erstatten brauchen, den übrig bleibenden Gewinn hingegen für sich behalten dürfen. Dieß glaubten aber die Römischen Juristen nicht zulassen zu können, und gaben dem Erben das Wahlrecht, eine Ausnahme, die lediglich durch den bei der hered. petitio allgemeinen Grundsatz gerechtfertigt ist: omne lucrum auferendum esse, tam bonae fidei possessori, quam praedoni [1]).

Hiermit könnten wir die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Erbschaftsbesitzer und Erben schließen, wenn nicht noch insbesondere eine Stelle in dem Titel: de hered. pet. unsere Aufmerksamkeit verdiente. Wir haben die Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände als Beispiel desjenigen fremden Geschäfts, dessen Natur wir kennen lernen wollen, nicht angeführt. Weßhalb dieß nicht geschehen ist, ergiebt sich aus der eben gegebenen Erklärung, daß durch einen solchen Verkauf der Praedo kein neg. alienum gerirt, der Besitzer im guten Glauben dagegen nur deßhalb ein Geschäft des Erben besorgt, weil diesem das Periculum zur Last fällt. Aus denselben verschiedenen Gründen aus welchen Beide den erhaltenen Preis restituiren müssen, sind sie nun auch verbunden die bei Gelegenheit des Verkaufs gewonnene Strafe und den Gewinn, welchen sie durch Eingehung eines pactum commissorium bei versäumter rechtzeitiger Zahlung gemacht haben zu erstatten [2]). Wenn der Erbe von dem malae fidei possessor den höhern Kaufpreis nur um deßwillen verlangen darf, weil diesem jeder Vortheil entzogen werden soll, nicht aber weil ein fremdes Geschäft geführt wurde, wenn der Besitzer im guten Glauben dagegen denselben herausgeben muß, weil er durch seine Disposition den heres bindet, so muß man von dem durch Eingehung eines Nebenvertrags gemachten lucrum ebenfalls behaupten, daß Ersterer dasselbe nicht als Gestor zu restituiren hat, Letzterer aus keinem andern Grund, als weil den Erben die Gefahr der Veräußerung traf, hierzu gehalten ist. Der Erbe konnte ja den ganzen Verkauf, sofern er vom Praedo vorgenommen war, ignoriren, und ebenso dem bonae

1) l. 28. Dig. de hered. pet. (V. 3.)

2) l. 23. und l. 25. pr. eod. Beide Stellen sprechen jedoch nur von dem bonae fidei possessor.

fidei possessor gegenüber vindiciren, wenn dieser keinen Regreß zu fürchten hatte.

Zwischen den beiden Quellenstellen, welche die Restitutionspflicht hinsichtlich eines derartigen Gewinns aussprechen, findet sich aber ein höchst beachtenswerther Ausspruch des Paulus.

L. 24. Dig. de hered. pet. (V. 3.) Paulus lib. XX ad Edictum. At ubi vi dejectus fuit, non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sicut nec poenam restituere debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit.

Der Jurist sagt also, daß der Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben die poena, welche er wegen gewaltsamer Dejection, oder weil sich der Gegner nicht vor Gericht stellte, empfangen hat, nicht herauszugeben brauche. Die bedeutende Schwierigkeit, welche dieser Ausspruch des Paulus macht, beruht nicht sowohl in dem Widerspruch, in welchem die **l. 24.** mit der **l. 55.** steht, in der Julian sagt, daß der bonae fidei possessor nicht das simplum, sondern das duplum herausgeben müsse, das er durch die Anstellung der actio ex lege Aquilia erhalten habe, als vielmehr darin, daß Julian eine mit den herrschenden Grundsätzen völlig übereinstimmende Entscheidung giebt, Paulus dagegen von der allgemeinen Restitutionspflicht des Erbschaftsbesitzers eine Ausnahme zuläßt, die, wie es scheint, jeder Rechtfertigung entbehrt. Es wird uns ausdrücklich in der **l. 16. §. 4. Dig.** eod. gesagt, daß der pro herede possidens das interdictum unde vi habe, und dem wahren Erben später ediren solle; was ihm nun durch dessen Anstellung zugeflossen ist, muß er, da ihm keinerlei lucrum verbleibt, nothwendig restituiren, ebenso wie er das duplum herauszugeben hat, das er aus der actio leg. Aquil. erhielt.

Es kann nicht von Interesse sein, die einzelnen Versuche mitzutheilen, die man zur Erklärung jener singulären Bestimmung des Paulus gemacht hat. Abgesehen davon, daß sie fast alle an dem gemeinsamen Gebrechen leiden von Voraussetzungen auszugehen, von denen in der angeführten Stelle nichts zu lesen ist, erscheint auch keine derselben in ihrem Resultat befriedigend. Der bei weitem glücklichste Weg ist in neuerer Zeit von Ihering eingeschlagen worden, der hier eine Dejection durch den wahren Erben selbst annimmt [1]). Diese Auffassung verdient schon deßhalb den Vorzug, weil sie ein Verständniß der Stelle möglich macht, das jeden Widerstreit derselben

1) Abhandlungen aus dem Römischen Recht. Abhdlg. I: In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? S. 78. Not. 5.

mit den andern Fragmenten und den allgemeinen Grundsätzen aufhebt; eine besondere Rechtfertigung erhält sie aber durch den Zusatz: quod eam actor habere non potest, den der Jurist nur wenn er von dem Fall sprach, daß der Erbe den Besitzer dejicirt und später durch das Interdict gezwungen entschädigt hatte, ohne Tautologie hinzufügen konnte. Die zweite Hälfte dieses Fragments werden wir weiter unten kennen lernen.

§. 3. Das negotium alienum. Bestimmung des Begriffs. Anwendung desselben.

Wir haben bei der Frage nach dem Begriff des objectiv fremden Geschäfts zuerst die Antwort gefunden, daß wenn ein Geschäft auf fremde Gefahr geht, dasselbe ein neg. alienum ist. Dieser Grundsatz reichte aber nicht aus, die l. 21. Dig. de hered. vend. (XVIII. 4.) enthält einen Fall, in welchem der Geschäftsführer selbst das periculum negotiationis trägt, und Paulus doch ausdrücklich von einer Negotiorum Gestio spricht, wir sahen hiermit, daß der Begriff des neg. alienum aus entfernter liegenden Merkmalen construirt werden müsse, und wendeten uns um diese aufzufinden zu der Untersuchung des zwischen dem Verkäufer und Käufer einer Erbschaft, zwischen dem hereditatis possessor und dem heres bestehenden rechtlichen Verhältnisses. Welche Resultate sind nun hierdurch gewonnen?

Bei einer jeden Negotiation beschäftigt sich ein Wille mit einem Object. Wenn nun ein Geschäft zu unserm Vermögen in einer solchen Beziehung stehen soll, daß wir dasselbe ungeachtet des entgegenstehenden Willens als das unsrige betrachten dürfen, so muß diese Befugniß, eben weil die Absicht des Handelnden nicht in Betracht kommen soll, zunächst das Resultat eines Interesses sein, das wir an der Sache als dem Gegenstand der Negotiation haben. Ich sage: zunächst, denn allein kann die vermögensrechtliche Beziehung zu einer Sache keinen Anspruch hervorrufen auf die unter ganz andern Beurtheilungsregeln stehende selbstständige Thätigkeit eines Andern und deren Ergebniß, es muß vielmehr außerdem die vorgenommene Negotiation ebenfalls in ihrer objectiven Natur, das heißt ohne Rücksicht auf die in ihr ausgesprochene Absicht gewisse Eigenschaften haben, welche eine Beziehung der Handlung selbst auf uns möglich machen, und vereinigt mit dem vermögensrechtlichen Verhältniß, das sich durch das Interesse an dem Object begründete, die Angehörigkeit des Geschäfts feststellt. Betrachten wir nun um zuvörderst kennen zu lernen, welcher Art dieses Interesse an dem Gegenstand der Negotiation sein

muß, die Stellung des Erbschaftskäufers, des diesem theilweise gleichgestellten emtor fundi, und endlich des Erben, die dem Verkäufer und bonae fidei possessor hereditatis gegenüber als Geschäftsherrn erscheinen, so sehen wir daß alle drei gewissermaaßen in gleicher Lage sind; sie haben alle drei ein Recht auf eine Sache, und tragen alle drei den casus, der dieselbe trifft. Daß ihnen das erstere dieser beiden gemeinschaftlichen Merkmale wenn gleich, wie wir weiter unten sehen werden, nicht unwichtig für die Bestimmung des gesuchten Begriffs, unmittelbar keinen Anspruch auf das durch besondere Geschäftsthätigkeit erzeugte lucrum giebt, läßt sich sofort nachweisen. Bekanntlich sind, wenn eine Sache Gegenstand einer schuldigen Leistung ist, hinsichtlich des mit ihr erzielten Gewinns zwei verschiedene Personen berechtigt. Der Gläubiger kann für sich den ipso jure der Sache zufließenden, außerdem auch, wenn der Prästant ihm zu einer gewissen Mühewaltung verbindlich ist, denjenigen Erwerb beanspruchen, der zwar von selbst erwachsen, doch zu seiner Perception eine gewisse Thätigkeit fordert [1]), dem Schuldner dagegen bleibt das lucrum propter negotiationem perceptum als Lohn seines Fleißes [2]). Nach diesen Grundsätzen hat der venditor hereditatis Alles was durch körperliche oder juristische Accession zu der Erbschaft hinzugekommen ist, der Verkäufer eines fundus auch die Früchte herauszugeben, die er zu ziehen aus dem Verkauf verbindlich war, der Verkäufer einer einzelnen Sache darf hingegen den durch eine zweite Veräußerung gewonnenen Preis für sich behalten. Das Recht, welches dem Käufer auf die Sache zusteht, gibt ihm also noch keinen Anspruch auf das Product einer außerordentlichen Geschäftsführung.

Bedeutungsvoller ist das zweite Moment, daß jene drei Personen, die wir in den Quellen als domini negotiorum behandelt finden, den casus rei tragen. Es wurde soeben bestimmt verneint, daß das Recht auf die Sache und deren Accessionen Anspruch auf das durch selbstständige Erwerbsthätigkeit erzeugte lucrum geben könne, nur mit Unrecht würde man aber hieraus schließen, daß die oben aufgestellte Behauptung: die Geschäftsangehörigkeit müsse sich zunächst durch ein Interesse an dem Object der Negotiation begründen, unrichtig sei;

---

1) §. 3. Inst. de emt. et vend. (III. 23.) l. 7. pr. Dig. de per. et com. (XVIII. 6.) l. 4. §. 1. l. 38. Dig. de usur. (XXII. 1.) l. 13. §. 18. Dig. de act. emt. vend. (XIX. 1.) l. 22. §. 2. Dig. de pign. act. (XIII. 7.) Vergl. Ihering a. a. O. I u. II.

2) l. 21. Dig. de hered. vend. — pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur. Ihering a. a. O. III.

daß dieses Interesse an der Sache durchaus unabhängig von dem Recht ist, sie selbst mit ihrem Zuwachs fordern zu dürfen, beweist die Möglichkeit seines Fortbestehens selbst in dem Fall, wenn an die Stelle der Sache ein anderes Leistungsobject getreten ist. Durch den zweiten Verkauf einer res singularis zum Beispiel, der übrigens, wie wir gesehen haben, nicht als fremdes Geschäft aufzufassen ist, wird dem ersten Käufer die Sache selbst entzogen, er erhält ihren Werth und sein Interesse vergütet. Dennoch ist er immer noch an ihr betheiligt, da jeder unglückliche Zufall der sie trifft, ihm seinen Anspruch auf Ersatz nimmt. Die Regel, daß das lucrum negotiationis bei dem Produzenten verbleibe, wird also durch die Behauptung, daß die Angehörigkeit eines Geschäfts auf einer vermögensrechtlichen Beziehung zu dem Gegenstand desselben basirt sein müsse, nicht verletzt, ja wir können ohne ihr zu nahe zu treten aus dem letzteren Satz die Annahme folgern, daß die Befugniß den durch eine Negotiation erzielten Gewinn zu verlangen, als eine Erweiterung des Rechts angesehen werden kann, mit einer Sache deren Commodum fordern zu dürfen. Aus diesem Recht an sich entsteht jener Anspruch ohne Weiteres unbedingt nicht, allein wenn sich die Angehörigkeit des Geschäfts auf eine vermögensrechtliche Beziehung stützt und stützen muß, weil wir bei fehlendem animus neg. aliena gerendi die Negotiation objectiv nur dann als die unsrige betrachten können, wenn dem Anspruch, den der Gerent selbst zunächst darauf hat gegenüber, wir durch ein schon vorhandenes Interesse dazu befugt sind, so ist der letzte Grund unserer Berechtigung in dieser Beziehung der nämliche wie bei der Forderung auf den natürlichen Zuwachs. In beiden Fällen ist es das Verhältniß, in welchem die Sache zu unserm Vermögen steht, woraus ursprünglich sich unsere Berechtigung herleitet, der Unterschied ist nur der, daß während die Accessionen unmittelbar uns zufallen, bei einer Geschäftsführung noch andere Umstände hinzutreten müssen, welche die Bedeutung des entgegenstehenden Willens bei dem Handelnden und die Geltung der Regel, daß das lucrum propter negotiationem perceptum ihm verbleibe, aufheben. Sind diese Voraussetzungen nun richtig, so muß man, da das Recht das natürliche Commodum zu fordern, eine Folge des Grundsatzes ist: ejus esse commodum cujus est periculum auch annehmen, daß das Interesse an der Sache, auf welches sich die Befugniß das durch eine Negotiation produzirte lucrum beanspruchen zu dürfen, stützt durch das periculum rei begründet wird. Der Erbschaftskäufer zum Beispiel kann ursprünglich nur die Sachen und deren Accessionen for-

dern, von dem Verkäufer dagegen eine besondere Geschäftsthätigkeit nicht verlangen. Hat dieser nun einen einzelnen Gegenstand zum zweitenmale verkauft, so bleibt ihm zunächst sein Anspruch auf den Sachwerth und Vergütung des Interesses, diesen verliert er sofort, wenn der zufällige Untergang der Sache den Verkäufer von der Prästation befreit, allein eben dieses periculum rei, demzufolge ihn der Unglücksfall trifft, ist andrerseits der erste Grundstein seiner Berechtigung dem Willen des Letzteren entgegen die ganze Negotiation für sich zu beanspruchen. Trüge dasselbe der Verkäufer ebenso wie er das periculum negotiationis trägt, so wäre ihm nicht bloß die Geschäftsthätigkeit desselben fremd, sondern auch die Sache selbst auf die sich richtete, sein Anspruch auf den gemachten Gewinn würde also der Regel gegenüber, daß das lucrum propter negotiationem perceptum der Producent für sich behält, jeder Begründung entbehren. Dieß zeigt sich bei dem malae fidei possessor hereditatis und dem Erben. Der Besitzer im bösen Glauben trägt nicht bloß die Gefahr seiner Unternehmungen, sondern muß auch einstehen für den zufälligen Untergang der Sachen [1]). Dem Erben bleibt also unter allen Umständen sein Recht, er hat kein Interesse an den Sachen, mithin auch keines an den mit ihnen vorgenommenen Geschäften. Jener führt deßhalb niemals fremde Geschäfte und seine Pflicht den gemachten Gewinn herauszugeben hat, wie schon bemerkt wurde, den allgemeinen Grund, daß ihm wegen seines bösen Glaubens jedes lucrum entzogen werden soll.

Daß andrerseits mit dem periculum rei allein es auch nicht abgethan ist, zeigt das Beispiel des venditor rei singularis in der l. 21. cit. Der erste Käufer einer einzelnen Sache trägt ebenfalls die Gefahr des zufälligen Untergangs derselben; dennoch hat er keinen Anspruch auf den durch eine zweite Veräußerung gewonnenen Preis, geht die Sache casu unter, so bleibt er ohne alle Vergütung. Der bonae fidei possessor hereditatis endlich muß dem Erben Alles herausgeben, denn hier handelt es sich nicht um das periculum rei: der Erbe kann jeden Gewinn verlangen, weil er sich den unglücklichen Ausgang jeder Negotiation gefallen lassen muß.

Aus diesen Beispielen ersehen wir also: wo der Negotiant selbst die Gefahr für die Sache trägt, mit der das Geschäft vorgenommen wurde, da ist die Annahme eines neg. alienum nicht möglich, wo einen Andern das periculum rei trifft, da kann sich für diesen hieraus

---

1) l. 20. §. 21. Dig. de hered. pet. (V. 3.)

ein Anspruch auf die Negotiation herleiten; allein es geschieht dieß nicht jedesmal, wie es der Fall ist, wenn ihm das periculum negotiationis zur Last fällt. Zwischen der durch das periculum rei und das periculum negotiationis begründeten Beziehung eines Geschäfts auf eine Person ist noch ein bedeutender Unterschied; ihn auszugleichen müssen bei einem Geschäft, dessen Gefahr den Gerenten selbst trifft, noch andere Umstände hinzutreten, die in ihrem Einfluß ebensoviel betragen als es zur Aufhebung jener Differenz bedarf, diese weiteren Erfordernisse aber können sich nur, da die vermögensrechtliche Beziehung der Sache durch das periculum rei begründet ist, in Eigenschaften finden, welche die Negotiation selbst ungeachtet des entgegenstehenden Willens dessen, der sie vornimmt, hat. Diese aufzusuchen ist unsere weitere Aufgabe.

Wenn wir uns mit der Frage beschäftigen, ob überhaupt eine Negotiation an sich zu einer andern Person als der des Gerenten in einem gewissen Verhältniß stehen kann, so ist es vorzugsweise eine Bemerkung, die sich zunächst uns aufdrängt. In einem jeden Geschäft liegt eine Verfügung über das Object, mit dem sie vorgenommen wird. Wenn nun Derjenige, der eine Sache zu fordern berechtigt ist, ein negotium als das seinige betrachten will, das der zur Prästation derselben Verpflichtete mit ihr für sich selbst geführt hat, mit andern Worten also behauptet, daß dieses Geschäft die nämlichen Wirkungen haben müsse als ob er selbst gehandelt habe, so muß er sich hierbei nothwendig auf ein ihm zustehendes Dispositionsrecht stützen. Hatte er letzteres nun schon zur Zeit der Geschäftsunternehmung, so ist dieses allgemeine Requisit erfüllt [1]), stand es ihm aber damals noch nicht zu, so gewinnt das Recht, die Sache fordern zu dürfen, welches, wie wir gesehen haben, ebenfalls den in den Quellen als domini negotiorum behandelten drei Personen gemeinschaftlich ist, für ihn Bedeutung. Das Dispositionsrecht ist seiner Natur nach unmittelbar an die Sache geknüpft, geht mit ihr regelmäßig selbst über, und kann ohne sie nicht ausgeübt werden. Ersichtlich hängt also für den Berechtigten Alles davon ab, daß er die Sache selbst, nicht etwa bloß statt ihrer als Surrogat ihren Werth und sein Interesse vergütet erhält. Wurde sie ihm nicht geleistet, so ist er niemals in die Lage gekommen, gültig über sie verfügen zu können, und es würde einen Widerspruch enthalten, wenn man ihm das Recht zugestehen wollte, die Dispositionen, die ein Anderer über sie treffen durfte und getroffen

1) Von den speziellen Erfordernissen in diesem Fall wird unter No. II. die Rede sein.

hat, als die seinigen gleichsam von seinem Stellvertreter vorgenommen zu betrachten.

Dieses allgemeine Erforderniß erscheint an sich einfach und einer weiteren Erklärung nicht bedürftig; die eigentliche Schwierigkeit tritt aber erst hervor, wenn wir zu der Frage übergehen, wie es selbst dem Dispositionsberechtigten möglich ist, die von einem Andern nicht für ihn geführten Geschäfte für sich zu vindiciren? Wurde die Sache und mit ihr die Dispositionsbefugniß über sie niemals auf ihn übertragen, so kann er keinen Anspruch auf die Negotiationen haben, allein dasselbe scheint auch im entgegensetzten Fall angenommen werden zu müssen, und eben deßhalb die Aufstellung jenes Requisits ganz überflüssig zu sein. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir wieder unterscheiden, ob der, welcher als Dominus gelten will, zur Zeit der Geschäftsführung schon das Verfügungsrecht hatte, oder er dasselbe erst später durch die Uebergabe der Sache erhielt. Den letzteren Fall wollen wir zuerst betrachten.

I. Es wurde schon bemerkt, daß die Dispositionsbefugniß unmittelbar an die Sache selbst geknüpft ist, mithin die Berechtigung diese fordern zu dürfen auch einen Anspruch auf jene in sich schließt, der zwar eben deßhalb weil seine Erfüllung von der Leistung des Hauptobjects abhängt kein selbstständiger, allein in demselben Augenblick begründet ist, in welchem das Recht auf die Sache entsteht. Wenn nun der zur Prästation Verpflichtete der zunächst nur die letztere hinzugeben und hierdurch dem Berechtigten die Befugniß beliebig über sie schalten zu können, einzuräumen verbindlich ist, selbst Geschäfte mit ihr vornimmt, so sind diese Dispositionen entweder der Art, daß er sich eben durch sie die Möglichkeit entzieht, die Sache selbst zu leisten, in welchem Fall er statt ihrer den Werth, den sie hatte, und gewissermaaßen für das entzogene Dispositionsrecht das Interesse vergüten muß, oder die Negotiation ist eine solche, durch welche er sich des ursprünglich schuldigen Objects nicht entäußert, vielmehr dieses später zu prästiren nicht behindert wird. Hier, könnte man nun meinen, bleibt ihm der gemachte Gewinn, weil er ihn durch seine eigene Thätigkeit producirt hat, und die Gefahr der Unternehmung ihm zur Last fiel; allein gegen die Richtigkeit dieser Annahme erheben sich, sobald wir uns an die Möglichkeit einer Negotiorum Gestio ohne animus neg. alien. gerendi erinnern, sofort Bedenken, da schon auf den ersten Anblick die Voraussetzung, daß der Schuldner hier unbedingt seine eigenen Geschäfte gerirt habe, nicht ganz außer allem Zweifel erscheint. Wenn er gleich nämlich bis zur Uebergabe der

schuldigen Sache über diese frei verfügen darf, sich also seines eigenen Rechts bedient, sobald er mit ihr Geschäfte führt, so ist doch eben dieses Recht schon jetzt für ihn Gegenstand einer schuldigen Leistung, und er übt eine Befugniß aus, auf welche ein Anderer schon jetzt begründeten Anspruch hat. In einer gewissen, wenn auch ganz unbestimmten Beziehung scheinen daher sogleich die Negotiationen zu der Person des Gläubigers zu stehen, ob diese Beziehung aber einen entscheidenden Einfluß auf die Angehörigkeit der Geschäfte gewinnen kann, wird lediglich von der Möglichkeit abhängen, derselben eine rechtliche Basis zu geben, die allein ihr Wirkungen irgend welcher Art zu verleihen im Stande ist. In der That nun giebt es ein Moment, dessen Hinzutreten den gewünschten Erfolg hat, und zwar ist dieses dasselbe das wir schon oben als ein durchgehendes Requisit der Geschäftsangehörigkeit bezeichnet haben: das periculum rei. Trägt der Gläubiger die Gefahr für die Sache nicht, so ist, obgleich sein Anspruch auf die Uebertragung des Dispositionsrechts schon vorhanden war, und obgleich er bei früherer Erfüllung desselben beliebige Verfügungen selbst hätte treffen und hieraus Gewinn ziehen können, aus seiner schon bestehenden Berechtigung seine Eigenschaft als dominus neg. zu folgern deßhalb unmöglich, weil erstere, wenn auch schon begründet, doch in der Zwischenzeit bis zu ihrer Erfüllung ohne alle rechtliche Wirkung war. In diesem Fall würde er ja nicht einmal die Accessionen der Sache, um wie viel weniger also den durch eine Negotiation gemachten Gewinn verlangen können, ihm wäre vollständig Genüge geleistet, sobald er die Sache selbst und mit ihr die Befugniß von jetzt an frei über sie verfügen zu dürfen erhielt. Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn den Gläubiger das periculum rei trifft, wenn also für ihn von Anfang an ein dauerndes Interesse an der Sache begründet ist, von deren günstigen oder ungünstigen Schicksalen die Größe seiner Forderung abhängt. Hier geht sein Recht auf die Sache nicht mehr dahin, lediglich sie selbst, in jedem Fall aber ein Aequivalent für sie zu empfangen, es ist eine Folge der ihn treffenden Gefahr, daß der zufällige Untergang der Sache ihn jedes Anspruchs beraubt, andrerseits ihm der natürliche und juristische Zuwachs derselben zu Gute kommt. Hier ist auch der Punkt, wo sich sein Anspruch auf das Dispositionsrecht zu ferneren Berechtigungen erweitert. In dem periculum rei liegt für den Gläubiger nicht bloß die Gefahr für die Sache, also das Risico für deren Untergang oder zufällige Verschlechterung, es ist in demselben auch die Gefahr für ihn enthalten, seinen Anspruch auf das Dispositionsrecht zu verlieren, das mit der

Sache selbst nothwendig zu Grunde geht. Wie nun bei dem Recht auf die Sache das Commodum dem Incommodum folgt, so erzeugt auch die Gefahr für den unglücklichen Zufall, der das Dispositionsrecht treffen könnte, einen Anspruch auf die Ergebnisse desselben, das sind die vorgenommenen Geschäfte. Jetzt erscheint die von uns wahrgenommne Beziehung der vom Schuldner geführten Negotiationen zu dem Gläubiger nicht bloß in ihrem Bestehen gerechtfertigt, sondern auch dem Letzteren eine weitere Berechtigung zu verschaffen völlig geeignet. Der Gläubiger hat einen Anspruch auf die Verfügungsbefugniß, trägt er nun auch die Gefahr für dieselbe, so sind die Geschäfte als Accessionen seines Dispositionsrechts die seinigen.

Gegen diese Annahme lassen sich mancherlei Bedenken erheben. Zunächst scheint der Vergleich der Geschäfte als Accessionen des Dispositionsrechts mit dem natürlichen Zuwachs als Commodum der Sache deßhalb nicht passend, weil der Zuwachs regelmäßig als etwas Vortheilhaftes gilt, und eben deßhalb als Lohn für die Gefahr betrachtet zu werden pflegt, bei Negotiationen hingegen es durchaus noch nicht entschieden ist, ob sie Schaden oder Nutzen bringen. Außerdem könnte man selbst den durch sie gemachten Gewinn den natürlichen Accessionen gleichzustellen aus dem Grunde bedenklich finden, weil diese der Sache selbst ohne Weiteres zufallen, jener dagegen das Resultat einer sich entwickelnden fremden Geschäftsthätigkeit ist, die für den Handelnden selbst, wie wir gesehen haben, Ansprüche hervorzurufen pflegt. Hieraus würde sich denn ergeben, daß nicht das periculum rei hier als entscheidendes Moment in Betracht komme, vielmehr bei Negotiationen die nicht aus der Sache direct sich ergeben, sondern als Producte einer auf diese verwendeten Thätigkeit erscheinen, das periculum negotiationis den Ausschlag geben müsse.

Allein in der That sind alle diese Einwürfe nur scheinbar von Bedeutung. Daß Vermögensbereicherung ein charakteristisches Merkmal der natürlichen Accession sei, und ebendeßhalb letztere Demjenigen, der die Gefahr der Sache trägt, gleichsam als Belohnung hierfür zugesprochen werde, ist ebenso wenig wahr als daß das periculum rei jedesmal Nachtheil bringt. Die Regel: cujus est periculum, ejus et commodum esse debet [1]), drückt eben nur aus, daß derselbe Umstand in dessen Gefolge der mögliche Schaden uns trifft auch der Grund für die Berechtigung auf den möglichen Vortheil ist; als solcher ist nun zwar der Zuwachs regelmäßig, nicht aber nothwendig an-

---

1) l. 7. Dig. de per. et com. (XVIII. 6.)

zusehen, denn, um nur ein Beispiel anzuführen: die dem Erben accrescirende Portion fällt dem Erbschaftskäufer auch dann zu, wenn sich die Insolvenz der Erbschaft herausgestellt hat, er also durch den Zuwachs nur beschwert wird [1]). Hier ist der accrescirende Erbtheil ein Incommodum, dessen Restitution sich der Käufer gefallen lassen muß. Was ferner den Vergleich zwischen dem aus der Sache fließenden Gewinn und dem lucrum propter negotiationem perceptum betrifft, so haben wir den Einfluß, den die produzirende Thätigkeit des Gerenten auf die Geschäftsangehörigkeit äußert nicht geläugnet, sondern nur behauptet, daß sich derselbe einem andern entscheidenderen Moment unterordnen müsse. Bei den natürlichen Accessionen ist der Gewinn durch die Sache selbst deferirt, bei den Negotiationen ist er ein Product des Dispositionsrechts über die Sache, und der Ausübung desselben, das ist eben der außerordentlichen Geschäftsthätigkeit. Hat nun kein Anderer ein Recht auf die Verfügungsbefugniß als der Gerent selbst, so sind die Geschäfte seine eigenen und ihm fällt das Commodum wie das Incommodum zu, steht aber einer anderen Person ein begründeter Anspruch darauf zu, daß ihr das Recht übertragen werde, und trägt dieselbe Person die Gefahr für die Sache, mit der dieses so unmittelbar verknüpft ist, daß es nothwendig mit ihr untergeht, so kommt dem eignen Handeln des Geschäftsführers das Moment zur Geltung, daß die Negotiation ein Ergebniß des Dispositionsrechts über die Sache ist [2]). Dieses selbst deferirt den auf solche Weise gemachten Gewinn, und der Berechtigte muß sich als Folge des Umstandes, daß seine Geschäfte geführt wurden, auch den unglücklichen Ausgang gefallen lassen. Das andere Moment der Thätigkeit, welche sich durch die Geschäftsführung zeigt, ist das schwächere und sein Einfluß geht hier neben der stärkeren Beziehung des Dispositionsrechts auf einen Andern ebenso unter, wie dieß bei gewissen Accessionen der Sache der Fall ist, die auch nicht ipso jure, sondern unter Mitwirkung des Schuldners erworben werden, und dennoch dem Gläubiger zu restituiren sind [3]).

---

1) Siehe hierüber: Ihering a. a. O. S. 11 ff. v. Vangerow, Leitfaden Bd. II. §. 494.

2) Als dritter Fall ist denkbar, daß ein Anderer als der Gerent von Anfang herein das periculum negotiationis aus gewissen Rücksichten trägt, wie z. B. der Erbe dem bonae fidei possessor hered. gegenüber. In diesem Fall kommt der im Text entwickelte Begriff des neg. alien. nicht zur Anwendung, das pericul. neg. weist den Erben sogleich als dominus aus.

3) Vergl. z. B. den Fall der l. 23. §. 9. Dig. de aedil. edic. (XXI. 1.)

Die Stellung des periculum rei zu dem periculum negotiationis ist also folgende: Ohne das erstere kann der Gläubiger keinerlei Gewinn beanspruchen. Den natürlichen Zuwachs erhält er sofort, wenn die Gefahr für die Sache ihn trifft, das durch Geschäfte gemachte lucrum fällt ihm mittelbar zu, wenn durch die Beziehung des Dispositionsrechts die Angehörigkeit der Geschäfte für ihn entschieden ist. Jetzt trägt er auch das periculum negotiationis. Dieses ist also die Folge seines Rechts während das periculum rei der Grund desselben ist. Wo sich aber die Folge einer bestimmten Voraussetzung findet, da ist diese selbst auch vorhanden, und deßhalb ist der Satz richtig, daß wenn einem Anderen als dem Gerenten das periculum negotiationis zur Last fällt, dieser Andere auch Geschäftsherr ist, wo aber über die Folge, das heißt über das periculum negotiationis, von Anfang herein nichts bestimmt ist, da handelt es sich darum ob jene Voraussetzung eintritt oder nicht, und aus diesem Grund hängt die Antwort auf die Frage: wer das peric. neg. trägt? sobald nicht gewisse Umstände dieses einer bestimmten Person ausdrücklich auferlegen, davon ab, ob das Geschäft als neg. alienum betrachtet werden kann. Ist dieß der Fall, so tritt das peric. neg. als Folge der Geschäftsangehörigkeit ein, außerdem bleibt es bei dem Gerenten. Um ein Geschäft als das unsrige betrachten zu können, das unser Schuldner mit der zu leistenden Sache vor deren Uebergabe unternommen hat, müssen also zwei Erfordernisse jedesmal in Erfüllung gehen, wir müssen die Sache und mit ihr das Dispositionsrecht wirklich erhalten, und zur Zeit der Negotiation auf letzteres schon Anspruch gehabt, die Gefahr desselben, die in dem periculum rei inbegriffen ist, schon getragen haben. Das sachliche und das ist eben das objective Element ist allein im Stande den Willen des Gerenten zu überwiegen, Negotiationen, bei denen es fehlt, können nie als fremde erscheinen. Deßhalb sagt auch Paulus in der zweiten Hälfte der theilweise schon erklärten:

L. 24. Dig. de hered. pet. (V. 3.) — Sicut nec poenam restituere debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit.

Die poena ist hier ein lucrum, das der Besitzer nicht aus einem über die Erbschaft geschloßnen Rechtsgeschäft, sondern aus einem von diesem durchaus unabhängigen Pactum erhält [1]).

Jhering a. a. O. III. S. 21 ff. Hier deferirt noch die Sache das lucrum, bei Negotiationen ist der Gewinn das Ergebniß des Dispositionsrechts über die Sache.

1) Der Jurist stellt also in der l. 24. cit. zwei Fälle auf, in denen beiden aber aus ganz verschiedenen Gründen der bonae fidei possessor nicht

Andrerseits kann es aber, wenn einmal die Geschäfte die geforderte Eigenschaft haben, nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger wenn er selbst die ausschließliche Verfügungsbefugniß gehabt hätte, selbst sie zu führen, und somit den Gewinn zu ziehen im Stande gewesen wäre. Die durch das Verhältniß zu der Sache und den Anspruch auf das Dispositionsrecht begründete Angehörigkeit bleibt, wie ich glaube, auch bei den Negotiationen bestehen, die zu führen nur dem Schuldner möglich waren.

Jetzt läßt sich auch deutlicher erklären, worauf schon oben hingedeutet wurde, daß Paulus in der l. 21. Dig. de hered. vend. (XVIII. 4.) den zweiten Verkauf einer res singularis anders beurtheilt als die Veräußerung einer Erbschaftssache nach der venditio hereditatis. Der Käufer einer Erbschaft der, wie in jener Stelle angenommen wird, später das Kaufobject, das ist die hereditas, und hiermit die Dispositionsberechtigung über sie erhält, kann die durch seinen Anspruch auf letztere ihm zufallende Negotiation für die seinige ansehen, und den gezahlten Preis verlangen, der erste Käufer einer einzelnen Sache dagegen bekommt, wenn sie zum zweitenmale veräußert wird, niemals die Verfügungsbefugniß, und durch diese weitere Berechtigungen, er kann immer nur den Sachwerth und sein Interesse fordern.

II. Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn zur Zeit der Negotiation ein Anderer als der Gerent die Dispositionsbefugniß schon hatte, sein Recht auf die Sache also die Folge eines schon bestehenden und jedem Dritten gegenüber gültigen Rechts an der Sache ist. Hier übt der zur Prästation Verpflichtete sofort durch jede Disposition nicht eine eigene Berechtigung, die er auf den Gläubiger zu übertragen schuldig ist, sondern eine fremde Befugniß aus, und man könnte nun sagen, daß das Geschäft, durch welches dieß geschieht, eben wegen des in ihm enthaltenen Eingriffs in das fremde Dispositionsrecht unmittelbar als ein fremdes aufzufassen sei. Diese Behauptung wäre aber mindestens in ihrer Allgemeinheit eine durchaus falsche. Eben der Umstand, daß der Gläubiger ausschließlich über die Sache verfügen darf, der Schuldner also sich ohne alle Berechtigung eindrängt, bringt es mit sich, daß die Geschäfte für Jenen durchaus ohne bindende Kraft sind, sein ungeschmälertes Dispositionsrecht ihm

zu restituiren braucht. In dem ersten liegt ein Geschäft vor, dessen Gewinn dem Erben eigentlich zufallen müßte, wenn nicht spezielle Gründe dieß verhinderten, in dem zweiten kommt die Ersatzpflicht in Wegfall, weil hier die Negotiation ihrer Natur nach nicht durch den Anspruch eines Andern auf das Dispositionsrecht übertragen werden kann.

keinen Anspruch auf die unbefugter Weise unternommenen Negotiationen geben kann. Eine andere Auffassung ist lediglich dann möglich, wenn der Schuldner gewisse Verfügungen über die Sache in Folge eben des Rechts, aus dem er dieselbe in Händen hat gültig machen darf, also eine von der ursprünglichen Berechtigung des Gläubigers abgeleitete und ihm übertragne Befugniß hat. Uebt er diese aus, so führt er ein fremdes Geschäft, weil ein Anderer sich die Dispositionen gefallen lassen muß, durch sie also beschränkt ist. Nach diesen Grundsätzen kann der wissentliche Verkauf einer fremden Sache in eigennütziger Absicht niemals als neg. alienum gelten. Der Eigenthümer behält auch nach der Veräußerung sein Recht, und darf das Object, wo er es findet, vindiciren, wird dieß auf irgend eine Weise wie zum Beispiel durch den Untergang der Sache unmöglich, so kann dieser zufällige später eintretende Umstand auf das unabhängige vorangehende Geschäft keinen Einfluß üben. Dagegen ist der Verkauf eines Pfandes, wenn gleich der Gläubiger hierbei zunächst sein eigenes Interesse verfolgt, dennoch ein fremdes Geschäft und der veräußernde Creditor wird dem Negotiorum Gestor gleichgestellt [1]).

Fassen wir jetzt, wo die Merkmale aus denen der gesuchte Begriff des neg. alienum sich nach unserer Ansicht construiren soll, sämmtlich aufgefunden sind, die Sätze, welche wir als entscheidende kennen gelernt haben, in einem kurzen Ueberblick zusammen, so sind es folgende.

Wer eine Negotiation vornimmt, der führt regelmäßig hiermit sein eigenes Geschäft, er trägt die Gefahr für dasselbe, und behält natürlich auch den Gewinn, den er selbst producirt hat, für sich. Die erste Abweichung von dieser Regel tritt ein, sobald zufolge besonderer Umstände einem Anderen sofort das periculum negotiationis zur Last fällt, ihn also die Folgen der Geschäftsangehörigkeit treffen. Hier ist das Geschäft ein fremdes, weil es für einen Fremden Wirkungen hat, die es nur auf den Dominus äußern kann. Hiermit sind aber noch nicht alle denkbaren Fälle erschöpft, es ist auch möglich, daß gewisse vermögensrechtliche Beziehungen die Angehörigkeit eines Geschäfts, das ein Anderer führte, für uns begründen, und hier ist es, wo der Begriff des eigentlichen neg. alienum auftritt. Wird nämlich ein Geschäft mit

1) l. 12. §. 1. Dig. de distr. pig. (XX. 5). Der Verkauf einer fremden Sache ist also ~~möglich~~: 1) mit dem animus neg. aliena gerendi; 2) in Folge des von dem Eigenthümer hierzu gewährten Dispositionsrechts; 3) unwissentlich, indem der Verkäufer die Sache für seine eigne hält (l. 1. §. 47. Dig. dep. v. c. XVI. 3.); 4) ohne animus neg. aliena gerendi und in eigennütziger Absicht.

einer Sache geführt, die wir zugleich mit dem an sie geknüpften Dispositionsrecht fordern dürfen und tragen wir mit dem periculum rei den unglücklichen Zufall, der mit jener auch diese Verfügungsbefugniß trifft, so entsteht, sobald die schuldige Prästation wirklich erfolgt ist, und wir nun die Accessionen aller Art verlangen können zugleich mit dem Anspruch auf den Zuwachs der Sache auch ein Recht auf den Zuwachs des Dispositionsrechts, das sind die geführten Geschäfte. Der Gerent, der bisher das Geschäft als das seinige betrachten durfte, weil er sein eignes Dispositionsrecht unter Anwendung einer gewissen Thätigkeit ausübte, hat eben dadurch, daß der Gläubiger die Aeußerungen jener Befugniß für sich beanspruchen kann, die größere und stärkere Hälfte seiner Berechtigung verloren, er kann sich jetzt nur noch darauf stützen, daß die Negotiation ihre Existenz seiner Thätigkeit verdankt; dieses subjective Moment ordnet sich aber dem sachlichen unter. Dieselbe Erscheinung zeigt sich, wenn wir nicht bloß Gläubiger, sondern auch Eigenthümer der Sache sind. Führt hier der Schuldner ein uns gegenüber gültiges Geschäft, so ist es auch hier die objective Beziehung desselben zu unserm Dispositionsrecht, wodurch wir Geschäftsherrn werden. Um das periculum negotiationis handelt es sich in diesen Fällen nicht. Die vermögensrechtliche Beziehung begründet die Angehörigkeit der Geschäfte, und in Folge dieser Angehörigkeit geht die Gefahr der Negotiation, die bisher bei dem Geranten war auf den Dominus über.

Man darf wohl behaupten, daß sich für alle diese Sätze mit ihren einzelnen Verschiedenheiten in den Entscheidungen der Römischen Juristen Beispiele finden. So ist es eine Anwendung des Satzes, daß das sofortige periculum negotiationis zum Geschäftsherrn macht, wenn der Erbe dem bonae fidei possessor gegenüber sich den ungünstigeren Verkauf einer Erbschaftssache wegen der bona fides des Letzteren gefallen lassen muß, und andrerseits auch den gewonnenen Kaufpreis, der den wahren Werth übersteigt, verlangen kann. Trägt der Erbe die Gefahr nicht, so ist die Negotiation nicht die seinige, da die Veräußerung ihn an der Uebung seines Vindicationsrechts nicht hindert [1]. Ebenso ist die Entscheidung des Ulpian ganz natürlich, daß der Mandatar, der sich wider den Willen des Dominus von einem Capital Zinsen versprechen ließ, das er im Auftrag des Letzteren auslieh, diese für sich behalten darf, wenn er die Gefahr für das Geld übernahm [2], und es erscheint consequent, wenn Justinian in der const. 22. Cod. de

1) l. 20. §. 17. l. 25. §. 17. l. 36. §. 3. Dig. de hered. pet. (V. 3.)

2) l. 10. §. 8. Dig. Mandat. (XVII. 1.) — quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.

furt. (VI. 2.) bestimmt, daß der Commodatar, dem die geliehene Sache gestohlen wurde, den durch Anstellung der actio furti gemachten Gewinn dem Commodanten nicht herauszugeben habe. Die Sache, mit der hier die Negotiation vorgenommen wird, ist die Entwendung selbst [1]) für diese trägt aber der Commodatar, der custodia prästiren muß die Gefahr, und hat deßhalb auch Anspruch auf deren Commoda [2]). Vorzugsweises Interesse müssen aber für uns solche Fälle haben, in denen der aufgestellte Begriff des objectiv fremden Geschäfts zur Anerkennung gelangt. Als solche mögen außer den schon genannten beispielsweise noch folgende aufgeführt werden:

1) In der l. 13. §. 13. Dig. de actbs. emt. vend. (XIX. 1.) heißt es: Item si quid ex operis servorum, vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emtori praestabitur. Die hier gegebene Bestimmung, daß der Verkäufer den erhaltenen Miethzins restituiren soll, ist nur in Folge der Annahme, daß durch die Verpachtung ein fremdes Geschäft geführt wurde, consequent, da ja für gewöhnlich Derjenige, welcher eine Sache zu leisten hat den mit ihr durch eine Negotiation gemachten Gewinn für sich behalten kann. Wenn gleich hier von einem neg. alienum nicht ausdrücklich gesprochen wird, so ist dennoch die Aehnlichkeit dieses Falls mit dem von Paulus in der l. 21. cit. angeführten unverkennbar.

2) Pomponius sagt in l. 13. §. 1. Dig. Commod. (XIII. 6.) Si quem quaestum fecerit is, qui experiendum quid accepit, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum praestabit ei, qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, quam periculo ejus sit. Wenn auch hier Derjenige, welcher die Sache zu leisten hat, den mit ihr gelösten Miethzins restituiren soll, so liegt der Grund dieser Verpflichtung entschieden in der durch die Vermiethung vorgenommenen Negotiorum Gestio. Bemerkenswerth ist hier noch, daß der Jurist in dieser Stelle ausdrücklich auf das periculum rei als das Motiv seiner Entscheidung hinweist. Die Frage, mit welcher Klage jener gemachte Gewinn gefordert werden könne, beantwortet die Glosse dahin, daß zufolge der l. 20. pr. Dig. de praesc. verb. (XIX. 5.) hier eine praescriptis verbis actio zulässig sei. Ob der in diesem Fragment von Ulpian angegebene Fall, in welchem mit fremden Pferden im Wettrennen ein Preis errungen wird, dem unsrigen gleich zu achten sei, mag dahin gestellt bleiben, Zweifel lassen sich dagegen insofern wohl erheben, als ein in Folge besonderer Ge-

---

1) Vergl. Ihering a. a. O. S. 41.

2) A. M. ist Hasse a. a. O. S. 312.

schicklichkeit errungener Gewinn wohl einer anderen Betrachtung unterliegt als der durch eine einfache Vermiethung gezogene, jedenfalls würde der actio neg. gest. zur Realisirung des von Pomponius zugestandenen Rechts nichts im Wege sein.

3) Wir haben schon die Bestimmung Justinians, daß der Commodatar den durch Anstellung der furti actio gemachten Gewinn für sich behalten darf, kennen gelernt. Ueberall, wo dem Schuldner die Sache, die er zu leisten hat, durch eigene Verschuldung entwendet oder beschädigt wird, kann er sich mit der Cession der Klage nicht mehr abfinden, er bleibt für die Sache selbst verhaftet, klagt also zu eigener Schadloshaltung und auf eigene Gefahr [1]). War er dagegen außer aller Culpa, so braucht er nur die ihm erwachsene Klage zu cediren. Wie aber, wenn er nun selbst diese anstellt? In diesem Fall kann die Frage entstehen, ob er nur für den Werth der Klage mit Rücksicht auf die Solvenz oder Insolvenz des Schuldners haftet, oder ob er einerseits soviel zahlen muß, andrerseits nur soviel zu zahlen braucht, als er erhält. Das Letztere tritt unbedingt ein wenn er in der Absicht, ein fremdes Geschäft zu führen, die Klage anstellte, aber auch ohne diese ist behauptet worden, daß er als Geschäftsführer aufgefaßt werden müsse, weil in dem Factum der Klaganstellung schon die Negotiorum Gestio liege, da der Gestor, um als solcher in Anspruch genommen zu werden, nicht die Absicht gehabt zu haben brauche, das Geschäft für Denjenigen zu führen, den es anging [2]). Dieser Ansicht müssen wir nach den aufgestellten Grundsätzen durchaus beistimmen. Der Gläubiger trägt eben, weil er sich den entstandenen Schaden gefallen lassen muß, das periculum rei und hat einen Anspruch darauf, daß ihm die Klage cedirt, das Dispositionsrecht über dieselbe also ihm übertragen werde [3]). Uebt nun dieses der Schuldner aus, indem er selbst klagt, so wird er dadurch ebenso zum Gestor wie der Erbschaftsverkäufer durch die Veräußerung einer einzelnen Sache, wie der venditor fundi durch die Perception der Früchte, die er nicht schuldet und in dem Factum der Klaganstellung liegt die Negotiorum Gestio ebenso wie in dem Verkauf und dem außerordentlichen Fruchterwerb in den

---

1) l. 21. Dig. de hered. vend. (XVIII. 4.) — nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit. Vergl. Ihering a. a. O. S. 50. 51.

2) Ihering a. a. O. S. 44 ff.

3) Es kann daher nicht in Betracht kommen, daß vor der Tradition nur der Verkäufer die actio furti hat. Vergl. l. 82. Dig. de furt. (XLVII. 2). Hasse a. a. O. S. 307.

angeführten Fällen. Man hat also nicht nöthig sich mit Beziehung auf l. 6. §. 3. Dig. h. t. darauf zu berufen, daß der Gestor, um in Anspruch genommen werden zu können, nicht die Absicht gehabt zu haben brauche, das Geschäft für Den zu führen, den es anging [1]). Wenn in eignem Namen gehandelt wurde, kann bei der Frage, ob der Handelnde als Gestor zu betrachten ist, lediglich die Qualität des Geschäfts den Ausschlag geben, und jener an sich richtige Satz gewinnt nur dann Geltung, wenn der Gestor die Absicht hatte, fremde Angelegenheiten zu besorgen. Eben dieß beweist auch das angeführte Fragment. In diesem sagt Julian, daß selbst Derjenige, welcher aus Eigennutz fremde Geschäfte geführt habe, verantwortlich sein solle, der selbstsüchtigen Absicht also kein Gewicht beizulegen sei. Allein wenn gleich der Gestor nur seines eigenen Vortheils wegen handelte, so nimmt der Jurist doch an, daß er mit dem animus neg. alien. gerendi die Geschäfte geführt hat, außerdem würde er ihm die actio contraria gegen den Herrn auch nicht einmal auf die Bereicherung zugestanden haben [2]).

Sind nun bisher Beispiele angeführt worden, in denen die Existenz eines neg. alienum und in Folge davon die Verpflichtung des Geschäftsführers als Gestor anzunehmen war, so mögen jetzt auch zwei Fälle folgen, in welchen man in einer der Natur der Negotiorum Gestio durchaus widersprechenden Weise diese aus Rücksichten der Billigkeit angenommen hat:

1) In der l. 17. pr. Dig. de rei vind. (VI. 1.) erzählt Ulpian, daß Julian dem Vindicanten, wenn die Sache während des Rechtsstreites von dem Besitzer veräußert worden und nachher untergegangen sei, einen Anspruch auf das pretium einräume. Unter dem pretium läßt sich hier entweder der Kaufpreis, oder der Sachwerth des vindicirten Objects verstehen [3]). Das Letztere anzunehmen erscheint aus verschiedenen hier nicht zu erörternden Gründen als richtiger; glaubt man aber, daß der Jurist dem Eigenthümer das Recht zugestehe, von dem Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis zu fordern, so darf man

---

1) Ihering a. a. O. S. 46.

2) l. 6. §. 3. Dig. h. t. Sed etsi quis negotia mea gessit, non mei contemplatione sed sui lucri causa, Labeo scribit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen — habet contra me actionem.

3) Ihering a. a. O. S. 70.

wenigstens diesen Anspruch nicht durch die Annahme einer Negotiorum Gestio rechtfertigen wollen. Die Veräußerung ist für Jenen ganz irrelevant; denn sie behindert ihn nicht in der Ausübung seines Rechts, da seiner Vindicationsbefugniß nicht durch den Verkauf sondern erst durch den nachmaligen Untergang der Sache die Wirksamkeit genommen wird.

2) Ebenso muß nach den vorgetragenen Grundsätzen die Entscheidung eines Römischen Juristen in den Quellen, so gewagt dieß auch erscheinen mag, als eine irrthümliche bezeichnet werden. Gegeben ist dieselbe in l. 49. Dig. h. t., welche zum leichteren Verständniß hier vollständig abgedruckt werden muß:

Africanus lib. VIII. Quaestionum. Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses; sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer.

Der in diesem Fragment behandelte Fall ist folgender: Es ist ein Sklave verkauft worden, dieser hat vor dem Verkauf und der Tradition seinem Herrn eine Sache entwendet; der Käufer, dem dieselbe zugebracht wird, hält sie für eine res peculiaris, veräußert sie weiter, und bei dem dritten Besitzer geht die Sache unter. Hier gesteht Afrikan dem Eigenthümer das Recht zu, von dem Verkäufer mit der actio neg. gest. den empfangenen Kaufpreis zu fordern, und führt als Rechtfertigung für seine Meinung an, daß diese Klage auch dem Gestor gegeben werde, welcher ein fremdes Geschäft als eignes geführt habe.

Diese Entscheidung mit den übrigen bei der Negotorium Gestio geltenden Grundsätzen in Einklang zu bringen, sind seit der Zeit der Glossatoren die verschiedenartigsten Versuche gemacht worden. Die Glosse selbst statuirt sofort auf Grund der angeführten Stelle eine Ausnahme. In ihr wird gelehrt, daß in der Regel die Ratihabition nur dann erfolgen kann, wenn der Geschäftsführer in fremdem Namen handelte, ausgenommen in subsidium re peremta vel praescripta [1]). In diesem Fall soll dieselbe vollständig gegen ihre Natur auch dann von rechtlicher Wirkung sein, wenn Jener für sich selbst das Geschäft vornahm, der Eigenthümer soll also den Verkauf seiner Sache unbe-

---

1) ad l. 6. §. 8. l. ult. Dig. h. t.

dingt genehmigen, und den hieraus erwachsenen Gewinn für sich in Anspruch nehmen dürfen, vorausgesetzt, daß der Besitzer die veräußerte Sache ex causa lucrativa erhalten hatte. Wie man dazu kam dieses weitere Requisit aufzustellen, wird sich weiter unten zeigen, festgehalten wurde es aus Rücksicht für das hier durchaus vorherrschende Prinzip der Billigkeit. Diese gebot die actio neg. gest. zuzulassen, um dem Eigenthümer eine Entschädigung zu verschaffen, sie verlangte auch, daß dieß nicht auf Kosten eines Andern geschehe, was der Fall gewesen sein würde, wenn man auch denjenigen Besitzer, der die Sache ex titulo oneroso erworben hatte, zur Restitution des Preises verurtheilt hätte.

Zunächst erklärte sich schon hiergegen Cujas, der im Uebrigen die Ansicht der Glosse vertheidigend, dieselbe consequent durchführt und unter Hinweisung auf andere Stellen insbesondere die oben angeführte l. 17. Dig. de rei vind. (VI. 1.) den Anspruch auf das pretium in jedem Fall einräumt, wenn die Vindication wegen äußerer Ursachen nicht mehr geübt werden kann [1]). Mit vielem Scharfsinn versucht es Donell den Ausspruch des Afrikanus zu rechtfertigen. Sehr wohl einsehend, daß die in dem Fragment angeführte Behauptung, die actio neg. gest. werde auch gegen Denjenigen zugelassen, der ein fremdes Geschäft als das seinige geführt habe, nur dann Beweiskraft für die vorangehende Bestimmung haben könne, wenn dieses als ein objectiv fremdes anzusehen wäre, verließ er den von der Glosse betretenen Weg die Statthaftigkeit der Klage aus der willkührlich angenommenen Zulässigkeit der Ratihabition zu beweisen, und bemühte sich den Verkauf der fremden Sache sofort als objectiv fremdes Geschäft darzustellen, woraus das Recht zur Genehmhaltung und zur Klage sich von selbst ergeben mußte. Daher finden wir bei ihm die schon früher erwähnte ganz allgemein gehaltene Definition des neg. alienum, daher auch die Annahme, daß ein negotium re ipsa nostrum uns entweder ipso gestu oder eventu angehe. Eventu, sagt er [2]), nostrum fit negotium, cum cujus gesti commodum aut incommodum ab initio ad nos omnino non pertinet, ejus incommodum eventu incipit pertinere. Dieß soll der Fall sein, wenn der bonae fidei possessor meine Sache verkauft, und ich bei Gelegenheit dieser Veräußerung mein Eigenthum, sei es durch Untergang oder Usucapion verliere; ebenso wenn Jemand Schulden für mich eincassirt, und ich, nachdem

---

1) Tract. VIII. ad Africanum (tom. I. pag. 1430.)

2) Comm. de jur. civ. lib. XV. cap. 17. §. 5. (ed. Bucher. vol. IX. pag. 153.)

durch meine Ratihabition die Schuldner liberirt sind, die Gefahr des eingezogenen Capitals also mich trifft, dasselbe durch einen unglücklichen Zufall einbüße.

So wenig wir die von Donell gegebene allgemeine Begriffsbestimmung des neg. alienum billigen konnten, ebensowenig kann man sich mit seiner Behauptung, daß eventu ein Geschäft zu einem fremden werden könne einverstanden erklären. Ein zufällig eintretendes Incommodum kann nicht im Stande sein die Angehörigkeit eines in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Geschäfts zu bestimmen; denn da dieses doch von Anfang herein einen Dominus gehabt haben muß, was wir schon deßhalb anzunehmen gezwungen sind, weil außerdem das negotium, wenn jener Nachtheil für einen Andern nicht einträte, ganz herrenlos wäre, so ist es durchaus nicht abzusehen, wie diese Berechtigung des früheren Herrn ohne Weiteres aufgehoben werden kann. Die angeführten Beispiele sind übrigens durchaus nicht geeignet, diese Ansicht zu rechtfertigen. Das erste derselben ist eben jener l. 49. cit., der zu gefallen die ganze Theorie aufgestellt zu sein scheint, entnommen, das zweite giebt einen durchaus verschiedenen Fall, in welchem das geführte Geschäft nicht durch einen späteren Erfolg, sondern schon durch die Ratihabition zu dem unsrigen wird.

In der That läßt sich die Bestimmung des Afrikan ohne Verstoß gegen die allgemeinen bei der Negotiorum Gestio geltenden Prinzipien durchaus nicht rechtfertigen, sie ist vielmehr als lediglich aus dem Billigkeitsgefühl der Römischen Juristen hervorgegangen zu betrachten [1]). Es erschien diesen hart, daß ein Eigenthümer, der in Folge einer Veräußerung seiner Sache weder diese vindiciren noch den Verkäufer belangen konnte, weil dieser bona fide und titulo putativo besessen hatte, keinen Anspruch für sein verlornes Recht haben sollte, und hier glaubte Afrikan die neg. gest. actio zulassen zu können, während Julian eine Condiction vorschlug: l. 23. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) Africanus lib. II. Quaest. Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Beide Juristen halten, da sie dem Eigenthümer nur für den Fall, wenn ihm sonst keine Klage zusteht zu Hülfe kommen wollen an dem doppelten Requisit fest, daß er nicht mehr vindiciren kann (eaque in rerum natura esse desierit — mortuo eo —) und daß

---

1) Hiermit stimmt überein: Ihering a. a. O. S. 78 ff.

der Verkauf bona fide vorgenommen worden ist, da sonst gegen den Besitzer die Vindication: quia dolo desiit possidere gerichtet werden kann. In wie weit nun Julian zu rechtfertigen ist, wenn er eine Condiction zuläßt, kann bei unserer Materie nicht Gegenstand der Untersuchung sein; zu bemerken ist aber, daß sein Vorschlag wohl zuerst darauf geführt hat, jenen oben angegebenen Unterschied zu machen ob der possessor ex causa lucrativa oder onerosa besaß. Bei der Condiction schien das Erstere sich als Erforderniß zu ergeben, und als solches hielt man es auch bei der neg. gest. actio fest, olgleich als Requisit für diese der Besitz ex causa lucrativa nie erscheinen kann. Afrikan hat aus Rücksicht für die Billigkeit unbedingt die Gränzen innerhalb derer sich die neg. gest. actio ihrer Natur nach bewegen muß, überschritten. Diese ist in dem angegebenen Fall deßhalb nicht statthaft, weil der Verkauf ein objectiv fremdes Geschäft nicht sein kann, da das Eigenthumsrecht des Herrn, welcher auch nach der Veräußerung bis zu dem Augenblick des Unterganges vindiciren darf, im geringsten nicht durch denselben afficirt wird. In der Praxis findet unbedenklich die l. 49. cit. volle Geltung.

Eines weiteren Beweises für den Grundsatz, daß die Besorgung eines objectiv fremden Geschäfts ohne Rücksicht auf den Willen des Geschäftsführers eine Verpflichtung desselben als Gestor hervorrufe, bedarf es nach der bisher über den Begriff des neg. alienum geführten Untersuchung nicht. Die Jenem obliegende Pflicht jeden gezogenen Gewinn dem Dominus zu restituiren, die in den einzelnen Fällen nachgewiesen wurde, ja die uns, wo wir sie bestimmt finden, zuweilen sogar berechtigt, auf eine Negotiorum Gestio zu schließen, erscheint ohne weiteren Nachweis als eine durchaus nothwendige und natürliche; diese Pflicht charakterisirt sofort aber den Geschäftsführer als negotiorum gestor.

Zum Schluß mag noch ein Wort über die Terminologie Platz finden. Will man das objectiv fremde Geschäft als re ipsa pertinens bezeichnen, so läßt sich hiergegen nichts einwenden; allein zu bemerken ist, daß man hiermit keine demselben ausschließlich zukommende Bezeichnung gewonnen hat, denn auch ein solches Geschäft, welches erst durch den Willen des Gestor zu einem fremden wird, kann re ipsa einer bestimmten Person angehörig sein, wie dieß zum Beispiel bei dem animo neg. alien. gerendi vorgenommenen Verkauf einer fremden Sache der Fall ist. Mit Recht unterscheidet man von jenem das negotium ipso gestu pertinens. Das Eigenthümliche dieses Geschäfts, welches stets ein objectiv fremdes sein muß, und in dieser Beziehung

als Unterart des re ipsa pertinens neg. angesehen werden kann, besteht nach dem ausdrücklichen Zeugnisse unserer Quellen darin, daß es sogleich, indem es geführt wird, seine Wirkungen auf das Interesse eines Andern äußert [1]). Es ist daher dasjenige Geschäft, welches unbedingt an sich schon auf fremde Gefahr geht. Welche Folgen sich hieraus für die Ratihabitation und deren Wirkungen bei demselben ergeben, werden wir weiter unten sehen.

§. 4. Der animus negotia aliena gerendi. Die Contemplation. Der Geschäftsherr.

Neben dem bisher besprochenen objectiv fremden Geschäft erscheint als Entstehungsgrund einer Negotiorum Gestio: der Wille des Geschäftführers fremde Angelegenheiten zu besorgen. Dieser animus neg. alien. gerendi ist nur dann ohne alle Wirkung, wenn eigene Angelegenheiten als fremde geführt wurden [2]), beschränkt in derselben erscheint er, wenn er zu einem objectiv fremden negotium hinzutritt, da hier die Verpflichtung des Handelnden auch ohne ihn schon vorhanden, und nur die Verbindlichkeit des Dominus seine Folge ist, vollständig wichtig aber, insofern die Existenz der Obligation in ihrer Gegenseitigkeit von ihm abhängt, wird er erst dann, wenn das Geschäft durch ihn, das heißt dadurch, daß es tanquam alienum geführt wurde, zu einem fremden geworden ist. Wir sehen hiermit, daß dieses subjective Moment in der Negotiorum Gestio eine doppelte Bedeutung hat, da erstens die actio directa von seiner Existenz abhängen kann, zweitens aber die contraria nothwendig an dasselbe gebunden ist. Mit der letzteren realisirt der Geschäftsführer alle diejenigen Ansprüche, die ihm gegen den Herrn wegen dessen Verpflichtung zur Schadloshaltung erwachsen sind, seine Klagberechtigung entsteht nicht ex negotio gesto, sondern aus dem Willen, den Dominus verbindlich zu machen, und dieser animus obligandi ist nicht denkbar ohne die Absicht fremde Geschäfte zu führen. Wenn er fehlt, kann daher der Gestor seine Forderungen wegen gemachter Verwendungen und Auslagen nur mittelst einer Exception oder auf dem Wege der Retention geltend machen [3]), und mit Unrecht hat man auf Grund einiger Quellenstellen in diesem Fall eine neg. gest. actio utilis zugelassen.

---

1) In der l. 6. §. 11. Dig. h. t. bezeichnet Julian die Stützung eines fremden Hauses als ein solches jam ipso gestu ad alium pertinens negotium.

2) l. 6. §. 4. Dig. h. t. — Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio.

3) l. 14. §. 1. Dig. comm. divid. (X. 3.) Paulus — Diversum est

Auf diese Wirkung des animus neg. alien. gerendi werden wir weiter unten nochmals zurückkommen, hier ist derselbe für uns zunächst insofern von Interesse, als die actio directa von ihm abhängt. Es entsteht nämlich sobald durch ihn eine Negotiorum Gestio begründet wird, die wichtige Frage, nach welchen Grundsätzen sich im concreten Fall bestimmen läßt, wer Geschäftsherr ist? Bei einem objectiv fremden Geschäft kann dieß keinem Zweifel unterliegen, denn eben das Merkmal, welches in diesem Fall den Begriff der Gestio einführt, giebt auch die Person an, der das negotium angehört. Wird aber erst durch den Willen des Gestor eine Verbindlichkeit begründet, so ist hiermit noch nichts weiter bestimmt, als daß ein Fremder obligirt und berechtigt werden soll, die Qualität des Dominus muß einen weitern Grund entweder in der genauern Richtung jener Absicht auf eine bestimmte Person, oder in einer besonderen Eigenschaft haben, durch die ein Anderer jene Absicht auf sich zu beziehen einerseits berechtigt, andrerseits verpflichtet wird.

Wenn in dem animus neg. aliena gerendi sich ganz allgemein der Wille des Gestor ausspricht, den Geschäftsherrn, gleichviel wer dieß ist, verbindlich zu machen, wie zum Beispiel in dem Fall, wenn erbschaftliche Angelegenheiten für den unbekannten Erben besorgt werden, so kann die Antwort auf jene Frage sich nicht aus der Betrachtung der von dem Gestor gehegten Absicht ergeben, sie bestimmt sich vielmehr nach den Grundsätzen, die wir weiter unten über die Angehörigkeit der Geschäfte kennen lernen werden. Meistentheils wird aber der Geschäftsführer bei seinem Handeln eine bestimmte Person im Sinn haben, welcher er einen Dienst zu leisten beabsichtigt, und deren besondere Berücksichtigung ihn überhaupt zu der ganzen Geschäftsführung veranlaßt. Diese Berücksichtigung wird in unsern Quellen: „contemplatio“ genannt. Sie ist in ihrer Existenz bedingt durch den animus neg. alien. gerendi, gewinnt aber neben diesem eine selbstständige Bedeutung, insofern sich durch sie neben dem allgemeinen Willen des Gestor für den Geschäftsherrn zu handeln die besondere Absicht desselben ausspricht, mit einer bestimmten Person in ein obligatorisches Verhältniß zu treten. Wenn nun der speciell Berücksichtigte selbst Geschäftsherr ist, so fallen die Wirkungen des allgemeinen und besonderen Willens zusammen, sind aber contemplatione des Einen die Geschäfte eines Andern geführt worden, so er=

---

enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.

scheinen zwei verschiedene Personen als berechtigt: der eigentliche Dominus, in Folge des animus neg. alien. gerendi, sodann der, auf welchen die Contemplation gerichtet war, weil der Geschäftsführer mit diesem speciell eine Verbindlichkeit eingehen wollte. Hat sich zum Beispiel Jemand mit der Absicht für den Erben zu handeln, erbschaftlicher Angelegenheiten angenommen, und dieß aus Freundschaft für den Titius gethan, den er irrthümlich für den Erben hielt, so geht die bei dem animus neg. alien. gerendi zu Grunde liegende Berücksichtigung auf den Erben, die Contemplation aber auf den Titius, und Beide sind zu der Ratihabition berechtigt.

Die contemplatio erscheint also bei jeder absichtlichen Geschäftsführung möglich; ja in einem Fall ist sie sogar nothwendig, wenn nämlich das gerirte negotium, auch wenn es tanquam alienum geführt wird, doch einen Dominus noch nicht hat, dieser vielmehr erst von dem Gestor selbst bestimmt werden muß. So ist, wenn Jemand für einen Andern eine Sache kauft, der Kauf ein fremdes Geschäft, aber ohne weiteres einer bestimmten Person noch nicht angehörig, die Bestimmung des Dominus erfolgt erst durch die Contemplation. Ferner hat es sich gezeigt, daß dieselbe von entschiedener Wirkung ist, wenn gleich diese nicht jedesmal selbstständig hervortritt. Ueber den Einfluß, den sie neben dem animus neg. alien. gerendi gewinnt, ist am besten bei der Untersuchung über die Gründe, nach welchen sich die Angehörigkeit eines Geschäfts bestimmt die Rede.

Bei dieser Untersuchung müssen wir nach den Ursachen der Zuständigkeit unterscheiden:

1) Das negotium re ipsa pertinens. Unter diesem verstehen wir jedes Geschäft, welches ohne objectiv das unsrige zu sein, doch seinem Inhalt nach unser Interesse berührt. Das Mittel dieser re ipsa sich kundgebenden Angehörigkeit Geltung zu verschaffen, ist die Ratihabitation, welche einerseits voraussetzt, daß das Geschäft tanquam alienum geführt worden ist, andrerseits sich auf ein schon vorhandenes Interesse stützen muß. Letzteres kann in einer von dem Gestor ihrer Existenz nach durchaus unabhängigen Qualität liegen, wie dieß der Fall ist bei Erbschaftsangelegenheiten oder bei Geschäften, die mit einer in fremdem Eigenthum stehenden Sache vorgenommen werden, wo der Erbe und Eigenthümer in seiner Eigenschaft als solcher sofort betheiligt ist, es kann sich aber auch auf den Willen des Gestor selbst erst gründen, insofern Letzterer ein an sich Niemand angehöriges Geschäft für eine bestimmte Person gerirt, und diese hierdurch zum Dominus macht, wie zum Beispiel bei einem für einen Andern ab-

geschlossenen Kauf; auch in diesem Fall ist ein negotium re ipsa pertinens vorhanden, denn schon während es geführt wird, giebt die auf eine bestimmte Person gerichtete Absicht dieser ein Interesse und die nachfolgende Genehmhaltung enthält nur den Consens zu der Geschäftsführung, sie begründet nicht das Dominium an dem Geschäft wie sie es thut, wenn in Folge eines Irrthums für den Einen die Angelegenheiten eines Andern besorgt worden sind. Auch der re ipsa dominus bedarf also der Contemplation insofern als diese wenigstens dann auf ihn gerichtet sein muß, wenn die Angehörigkeit des Geschäfts nicht schon auf eine bei sich ihm vorfindende Qualität, sondern auf die Absicht des Gestor ihn verbindlich zu machen basirt ist. Am besten werden einige Beispiele das Gesagte erläutern. Als solche können wir betrachten die in unsern Quellen, l. 6. §. 9. Dig. und const. 9. cod. h. t. erwähnte Eincassirung fremder Schulden, die in l. 24. Dig. eod. besprochne Annahme der Zahlung für einen Andern, sowie der in const. 19. Cod. eod. const. 3. Cod. de rei vind. (III. 32.) und const. 20. Cod. famil. hercisc. (III. 36.) [1]) besprochene Verkauf einer fremden Sache. In allen diesen Fällen bedarf es des animus neg. alien. gerendi um das Geschäft als ein fremdes erscheinen zu lassen, überall ist aber auch, wenn mit diesem animus gehandelt worden ist, der Geschäftsherr nothwendig bestimmt, es ist der Gläubiger, der Eigenthümer. Diesen berechtigt seine Eigenschaft als solcher unbedingt zur Ratihabition, selbst wenn die Contemplation des Gestor auf einen Andern gerichtet war, denn der Geschäftsführer, welcher absichtlich für eine bestimmte Person Schulden eincassirt, oder eine res aliena veräußert, hat immer die allgemeine Absicht für den Betheiligten zu handeln, und auf diesen Willen hin, kann Derjenige, der sich als solcher ausweist, das negotium genehmigen, und hierdurch die Verbindlichkeit ex negotio gesto begründen. Wenn hingegen der Titius für den Sempronius einen Sklaven kauft, den dieser nothwendig braucht, so kann nur dem Letzteren hieraus ein Anspruch erwachsen, und es wäre lächerlich einem Dritten an den gar nicht gedacht wurde, das Recht zuzugestehen, das Recht für sich beanspruchen zu dürfen, weil er eben eines Sklaven bedarf [2]). Die

---

1) Irriger Weise hat man diese Stellen, in denen allen von einer absichtlichen Negotiorum Gestio die Rede ist, als Beleg für die besprochene Ansicht des Afrikan. angeführt.

2) Eben daher ist auch der Vater nicht berechtigt, wenn für den Sohn ein servus non necessarius gekauft wurde; l. 6. §. 6. Dig. h. t. Nam

Ursache der Angehörigkeit bei diesem Geschäft ruht einzig in dem durch die Contemplation für Jenen erwachsenen Interesse, ein Anderer kann daher nie aus demselben berechtigt erscheinen.

2) Das negotium cura et sollicitudine pertinens, das heißt dasjenige Geschäft, welches uns angehört, weil es unserer Sorgfalt anvertraut war, und wir wegen desselben, insofern es gar nicht oder nicht gehörig besorgt wird, verantwortlich sind. In dieser Beziehung geht das Tutelargeschäft nicht bloß den Pupillen, sondern auch den Vormund, das aufgetragene Geschäft nicht bloß den Eigenthümer, sondern auch den Mandatar an. Hinsichtlich der Contemplation ist es, damit dem cura Betheiligten ein Anspruch erwachsen kann, erforderlich, daß sie sich nicht auf den re ipsa dominus richte, weil dieser dann nothwendig ausschließlich berechtigt wird; der Gestor muß vielmehr für Denjenigen gehandelt haben, der das Geschäft eigentlich zu besorgen hatte, und zwar eben deßhalb um diesen von seiner Haftungsverbindlichkeit zu befreien, jedoch schadet hier ein Irrthum in der Person des in dieser Art Interessirten nicht. Wenn daher die Geschäfte eines Pupillen contemplatione des Tutor geführt sind, für diesen aber irrthümlich Gajus gehalten wurde, während es Titius war, so kann eben weil hier unter Berücksichtigung einer bestimmten Eigenschaft gehandelt worden ist, Letzterer bei dem sich dieselbe vorfindet, ratihabiren, wohingegen der Erstere durchaus nicht berechtigt und verpflichtet erscheint.

3) Das negotium, quod nostrum fit ratihabitione, über das erst weiter unten im Zusammenhang mit der Lehre von der Ratihabition das Genauere vorgetragen werden kann. Was wir unter demselben zu verstehen haben, ergiebt sich aus den Worten des Julian in l. 6. §. 9. Dig. h. t. sic ratihabitio constituit tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum. Es ist das Geschäft, welches erst durch die Genehmhaltung zu dem unsrigen wird, bei welchem daher nothwendig die Contemplation auf uns gerichtet sein mußte.

Bei allen den hier angeführten Arten von Geschäften ist, wie wir sehen, neben dem die Negotiorum Gestio erst begründenden animus neg. alien. gerendi die Contemplation von größerem oder geringerem Einfluß. Ueberwogen wird dieser von der innern Angehörigkeit bei dem negotium re ipsa alienum, allein entscheidend ist er wo letztere fehlt, wie bei dem negotium ratihabitione nostrum. Dieses

---

etsi servum non necessarium emero filio tuo, et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione.

Verhältniß in dessen richtiger Auffassung allein ein Maaßstab gefunden werden kann, um im concreten Fall den Dominus eines geführten Geschäfts zu bestimmen, bedarf aber noch einer weiteren doppelten Untersuchung. Es müssen nämlich zuerst die Fälle betrachtet werden, in denen in der That nur ein Dominus vorhanden ist, und wo es sich eben um die Berechtigung eines Andern handelt, das Geschäft als das seinige zu betrachten, sodann entsteht aber auch die Frage, wie das Verhältniß sich gestaltet, wenn Mehrere aus verschiedenen Gründen Geschäftsherrn sind.

Wenn nur ein einziger Dominus vorhanden ist, so war die Contemplation des Gestor entweder sofort auf diesen gerichtet oder nicht. In dem ersteren Fall kann ein Zweifel, wer als Geschäftsherr zu betrachten ist, nicht entstehen. Der Wille des Gestor einerseits, die Angehörigkeit des Geschäfts andrerseits machen jede selbstständig und beide zusammen unbezweifelt Jenen dazu. Wenn hingegen die Contemplation auf einen Andern ging, so hat diese sowohl wie die innere Angehörigkeit jede selbstständige Wirkungen. Hier ist zu unterscheiden:

1) Bei dem neg. re ipsa alienum äußert sich die letztere insofern, als sie dem re ipsa Betheiligten unbedingt die Klage verleiht. Dieser erhält die Berechtigung, und, da ihn der Gestor zur Ratihabition zwingen kann, auch die Verbindlichkeit, durch die Angehörigkeit und die in dem animus neg. alien. gerendi ausgesprochene Absicht den Dominus zu verpflichten. Der speziell Berücksichtigte bekommt durch die auf ihn gerichtete Contemplation das Recht, das Geschäft durch Ratihabition zu dem seinigen zu machen, denn in jener liegt der animus obligandi ihm gegenüber ausgedrückt. Eine Verpflichtung hierzu hat er natürlich nicht, da er noch nicht Dominus ist. Hierher gehört unter anderen der in l. 6. §. 9. Dig. h. t. erwähnte Fall. Wenn ich für den A. Schulden des B. eincassire, ist letzterer verpflichtet und berechtigt durch meine Handlung. A. kann hingegen das Geschäft genehmigen, eben weil ich die besondere Absicht hatte, ihn verbindlich zu machen.

2) Entsteht durch die Contemplation ein neg. cura et sollicitudine pertinens, so sind nothwendig mehrere Geschäftsherrn vorhanden; es wird daher dieser Fall erst weiter unten zu behandeln sein.

Gehört das besorgte Geschäft Mehreren an, so gestaltet sich das Verhältniß theilweise nach dem Grade ihrer Betheiligung, theilweise nach der Absicht des Geschäftsführers. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Der Grund der Angehörigkeit ist bei Allen derselbe, es sind also Alle entweder re ipsa betheiligt, wie z. B. die Miteigenthümer einer Sache mit der eine Negotiation vorgegangen ist, oder cura et sollicitudine, wie mehrere Mitvormünder. Hier giebt, wie bemerkt, einzig die Contemplation den Ausschlag; fehlt sie ganz oder geht sie gleichmäßig auf Alle, so sind auch Alle gleich berechtigt und gleich verpflichtet, war sie auf einen Fremden gerichtet, so werden die mehreren Geschäftsherrn diesem gegenüber als eine Person nach den oben vorgetragenen Grundsätzen beurtheilt. Jeder re ipsa dominus kann daher in diesem Fall ratihabiren, jeder Vormund ist, wenn die Contemplation irrthümlich auf einen Nicht-Vormund ging, berechtigt. Ob das Interesse eines jeden der Herrn durch die Negotiorum Gestio sofort selbstständig berührt wird, oder nur das des Einen durch die Betheiligung des Andern, ist hierbei gleichgültig. Daher gelten die nämlichen Grundsätze wie für die Miteigenthümer auch für den Herrn und Sklaven, Vater und Sohn und es kommt, wenn ein Geschäft, das den Letzteren re ipsa angeht, geführt wurde, Alles darauf an, cujus contemplatione gehandelt worden ist. Wurde es unter specieller Rücksicht auf Beide gerirt, so sind Beide berechtigt und verbindlich, wenn aus Rücksicht für den Vater, so ist dieser verpflichtet, ging die Contemplation auf den Sohn, so besteht allein zwischen diesem und dem Gestor die neg. gest. actio. Der Grund, daß hier der Vater nicht mit dieser belangt werden kann, liegt darin, daß der Gestor ihn nicht verbindlich machen wollte, der animus neg. alien. gerendi und die Contemplation concentriren sich auf den filius familias. Gegen den Vater steht nur die de peculio actio zu als Vertreter des Sohnes, oder die de in rem verso actio wegen nachgewiesener Bereicherung. Nie kann er aber als Geschäftsherr verantwortlich gemacht werden. Als Beleg lasse ich die l. 6. §. 6. folgen, wo dieses Verhältniß ausführlich besprochen wird:

Julianus lib. III. Digest. Sed si ego tui filii negotia gessero, vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem? Et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit, et Pomponius libro vicesimo sexto probat, ut, siquidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis, quodsi amicitia filii tui, vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio duntaxat dandam actionem. Idemque est, etsi sui juris esse eos putavi. Nam etsi servum non necessarium emero filio tuo, et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione. Eodem loco Pomponius scribit hoc adjecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio,

quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Ist das Geschäft dem Sohn cura et sollicitudine angehörig, z. B. weil er Vormund ist, so ist der Vater gleich ihm verbindlich, wenn er die Tutel anerkannt hat. Da er in diesem Fall dem Pupillen verantwortlich wird [1]), so ist auch das geführte Tutelargeschäft das seinige.

2) Wenn aus verschiedenen Gründen Geschäftsherrn vorhanden sind, wie dieß nothwendig der Fall ist, wenn ein neg. cura alienum geführt wurde, so ist nicht allein die Contemplation maaßgebend, vielmehr äußert ihr gegenüber die re ipsa Angehörigkeit eine überwiegende Wirkung. Treffen beide in einer Person zusammen, so kann kein Zweifel entstehen. Ist daher ein Tutelargeschäft für den Pupillen besorgt worden, so ist diese Gestio für den Vormund ganz irrelevant. Richtete sich aber die Contemplation auf Letzteren in seiner Eigenschaft als Tutor, so ist er berechtigt und verbindlich [2]), allein daneben bleibt die Verpflichtung des Pupillen bestehen. Es kann also nicht der Vormund nach dem Mündel, wohl aber der Mündel nach dem Vormund in Anspruch genommen werden. Der Grund ist folgender: Wer den Tutor verbindlich machen will, kann seine Absicht nicht verwirklichen ohne zugleich den Willen zu haben, die Angelegenheiten des Mündels zu besorgen [3]), er wird zufolge dieses animus neg.

---

1) l. 7. Dig. de tutel. (XXVI. 1.)

2) l. 6. pr. Dig. h. t. si pupilli tui negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelae judicio tenearis, negotiorum gestorum te habeo obligatum, sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus.

3) Dieß drückt Donell: comm. de jur. civil. lib. XV. cap. 17. §. 9. (ed. Bucher. vol. IX. pag. 157) folgendermaaßen aus: Dominum aliquem principalem qui spectat, non gerit alterius gratia; certe gratia tutoris aut procuratoris gerere, quod ad pupillum et dominum principaliter pertinet, non potest, quin hoc ipso ita affectus sit, ut prius gerat negotium pupilli aut domini, id est utrique consulat; quia non potest utilitas hujus negotii ad tutorem et procuratorem pertinere, nisi prius in persona domini constiterit, unde postea ad tutorem et procuratorem perveniat per consequentiam. Donell (§. 6—10.) welcher übrigens mit den hier vorgetragenen Grundsätzen, da diese sich mit Nothwendigkeit aus den Quellen ergeben, vollständig übereinstimmt, geht bei dieser Lehre von dem Unterschied zwischen einem negotium quod ad duos principaliter pertinet, und dem neg. quod ad unum principaliter, ad alterum per consequentiam pertinet aus. Unter jenem versteht er das Geschäft, bei welchem aus demselben Grunde, unter diesem das neg. bei dem aus verschiedenen Gründen mehrere Geschäftsherrn vorhanden sind. Der Ausdruck: per consequentiam pertinens negotium er-

alien. gerendi den Letzteren immer in Anspruch nehmen können, wer aber nur den Pupillen obligiren wollte, kann nicht den Vormund belangen. Dieser braucht sich also nicht mehr einzulassen, wenn gegen Jenen schon die Klage erhoben war. Durch die Anstellung der Klage gegen eine bestimmte Person zeigt es sich ja, wen der Geschäftsführer verpflichten wollte [1]).

§. 5. Von der Ratihabition.

Die Einwilligung des Geschäftsherrn zu der von dem Gestor vorgenommenen Besorgung seiner Angelegenheiten kann dem Charakter der Negotiorum Gestio, als unaufgetragenen Geschäftsführung zufolge nicht anders erscheinen, als in Form der Ratihabition. Insofern daher bei jener der Consens des Dominus überhaupt in Betracht kommt, insofern gewinnt die über die letztere geltende Lehre für uns eine entscheidende Wichtigkeit, und bedarf einer genauern Berücksichtigung.

Die Ratihabition, das heißt der nachfolgende Consens zu einer vorhergegangenen Handlung [2]), kommt hier nur insoweit in Betracht als sie fremde Handlungen zu ihrem Gegenstand hat. In diesem Fall ist ihre Wirkung eine doppelte, denn da sie die Genehmigung des Geschehenen enthält [3]), so liegt in ihr nicht bloß die Anerkennung der geführten Geschäfte selbst, die der Ratihabirende nunmehr für sich in Anspruch nimmt, sondern auch die Einwilligung zu der Ausführung derselben durch den Procurator mit den hieraus sich ergebenden Folgen. Hiernach wird zu ihrer vollen Wirksamkeit vorausgesetzt, daß die Geschäfte nicht schon ohne sie für Jenen Geltung erlangt haben, und das durch die Stellvertretung begründete obligatorische Verhältniß nicht schon anderweitig bestimmt ist; bedarf es zu der selbst-

---

scheint für das den Vormund und den Procurator cura et sollicitudine angehende Geschäft sehr passend, denn allerdings tritt die Berechtigung des in dieser Art Interessirten hinter die des re ipsa dominus zurück. Wenn ich dennoch dieser Eintheilung nicht gefolgt bin, so geschah dieß deßhalb, weil sie sich auf die Resultate der erst zu führenden Untersuchung gründet, erst nach dieser daher als eine richtige erscheint, während die Trennung der Geschäfte in solche die aus demselben Grunde, und die anderen, welche aus verschiedenen Gründen mehrere Herrn haben, sich von selbst ergiebt.

1) Daher erklärt sich l. 6. §. 1. Dig. h. t.

2) Justinian bezeichnet sie in der Nov. LXI. als secundus consensus.

3) Eine theilweise Ratihabition eines Geschäfts ist nicht statthaft. Wenn auch l. 17 u. 18. Dig. rat. rem haberi (XLVI. 8.) dafür zu sprechen scheinen, so sagt doch ausdrücklich Paulus l. 4. §. 1. Dig. de verb. oblig. (XLV. 1.) — ipse dominus pro parte ratum habere non potest. Zu vergleichen ist: Busse, Dissert. de ratihabitione. Lipsiae 1834. pag. 34. 39.

ständigen Gültigkeit eines Geschäfts der Ratihabition nicht mehr, so verliert diese einen großen Theil ihrer Bedeutung, und als leeres Wort ohne alle ersichtliche Wirkung erscheint sie endlich dann, wenn ein derartiges Geschäft in Folge eines vorher abgeschlossnen Contracts geführt wurde [1]). Nirgends tritt dieser verschiedene Einfluß, den die Ratihabition äußert, so entschieden hervor als bei der Negotiorum Gestio. In Beziehung auf die Geschäfte selbst zeigt er sich, da der Dominus, wenn die Geschäftsführung für ihn von Nutzen sein soll, dieselbe mit Ausnahme des seltnen Falls, wenn ein negotium an und für sich Geltung für ihn erhalten hat, indem es ipso gestu ihm Schaden oder Vortheil brachte, anerkennen muß; außerdem beruht aber die zwischen dem Herrn und Gestor entstehende Obligation in ihrer Gegenseitigkeit lediglich auf der Ratihabition. Sie bestätigt die Verpflichtung des Letzteren, denn wenn auch diese schon durch das Eingreifen in fremde Angelegenheiten ex negotio gesto entsteht, so ist sie doch in ihren Folgen bedingt durch die Einwilligung des Herrn, und nothwendiger Weise fällt jeder Anspruch an den Geschäftsführer weg, sobald seinen Handlungen der Consens nicht ertheilt wird [2]), sie allein begründet aber auch andrerseits die Verbindlichkeit des Dominus, da dieser erst durch sie auf das obligatorische Verhältniß eingeht. So wichtig daher die Genehmhaltung in der Regel für den Herrn ist, so hat sie doch noch größere Bedeutung für den Gestor, der nur durch ihre Vermittlung die Forderung auf Ersatz der gemachten Verwendungen und sonstigen Unkosten erhalten kann. In Anerkennung dieses unbedingten Interesses, und weil es vorauszusehen war, daß der Herr, wenn die günstigen Wirkungen der fleißig ausgeführten Geschäfte ihm sofort zu Gute kommen, die ihn verpflichtende und somit nur beschwerliche Ratihabition verweigern würde, geben die

1) Wenn zum Beispiel Titius dem Gajus den Auftrag giebt an den Sempronius seine (des Titius) Schuld zu bezahlen, und Gajus, indem er dieß thut, den Titius sofort liberirt, welche Wirkung kann dann die Ratihabition des Letzteren haben? —

2) In der Ratihabition liegt aber eben nur die Anerkennung Dessen, was der Gestor gethan hat, nicht auch die Billigung seiner Handlungsweise. Deßhalb bleibt dem Herrn auch nach der Genehmhaltung sein Anspruch wegen schlechter und nachlässiger Geschäftsführung übrig, obgleich er nunmehr in gewisser Beziehung als Mandant angesehen wird. Wie der Mandant wegen schlechter Ausführung des ertheilten Auftrags klagen darf, so auch der dominus neg., wenn er ratihabirt hat. Will dieser die Verwaltung aber überhaupt gar nicht anerkennen, so kann er sich auch einer Klage nicht bedienen, die ihm eben deßhalb zusteht, weil seine Angelegenheiten besorgt wor-

Römischen Juristen Jenem das Recht diese zu erzwingen, sobald ihn ohne dieselbe ein Schaden treffen würde. Dieses Zwangsrecht gründet sich auf den dem Dominus erwachsenen Nutzen, es fällt daher weg, wenn die Gestio keine utilis war, und steht überhaupt nicht zu gegen denjenigen, der nicht Geschäftsherr ist. Hiernach handelt es sich bei unserer Materie nicht bloß um eine Berechtigung, sondern auch um eine Verpflichtung zur Ratihabition, und die Darstellung hat sich zunächst mit den hierüber geltenden Grundsätzen zu beschäftigen, bevor sie sich dem Einfluß, den die Genehmhaltung auf das rechtliche Verhältniß zwischen dem Dominus und Gestor hat, zuwendet.

Auf die Frage, wer ein Geschäft mit Erfolg ratihabiren kann? läßt sich ganz allgemein antworten: Derjenige, welcher durch die Geschäftsführung berechtigt wurde oder nach dem Willen des Gestor berechtigt werden sollte. Bei dem objectiv fremden Geschäft, das, abgesehen von dem animus neg. alien. gerendi der Herr als für sich geführt betrachten kann, beruht für diesen jene Befugniß in der sofortigen Betheiligung, die sich durch die Beziehung der Negotiation auf sein Vermögen herausstellt. Hier fällt mit der Absicht des Procurator, fremde Angelegenheiten zu besorgen, zugleich auch nothwendiger Weise der animus obligandi weg, die Ratihabition setzt deßhalb, da sie sich in Bezug auf letzteren gar nicht äußern kann, die erstere auch nicht voraus, sie erstreckt ihre Wirkungen lediglich auf die Geschäfte selbst. Anders bei der absichtlichen Negotiorum Gestio. Bei dieser wird, wie schon oben bemerkt wurde, durch die Zustimmung von Seiten des Herrn das gleichsam ihm angetragene obligatorische Verhältniß eingegangen. Die Genehmhaltung ist hier das Band, welches den Willen des Gestor und den Consens des Dominus mit einander verknüpft, und eben deßhalb ist sie einerseits ohne den animus neg. alien. gerendi nicht möglich, andrerseits zu ihr jedesmal Derjenige berechtigt, auf den die Absicht des Geschäftsführers gerichtet war. Daß dieß zunächst der dominus negotii ist, unterliegt keinem Zweifel, da auf ihn jener animus unbedingt geht, außerdem kann aber auch, wenn die Willensrichtung des Gestor sich genauer durch die Contemplation einer andern Person kund giebt, diese insofern wenigstens mit Erfolg ratihabiren, als dadurch eine Obligation begründet wird. Um nach diesen Grundsätzen zu bestimmen, wer im einzelnen Fall als zur Genehmhaltung berechtigt erscheint, müssen wir auf die in dem vorigen Paragraphen nach der Anzahl der Geschäftsherrn und

den sind. Nach dieser Auffassung ist auch wohl nicht widersprechend: Wächter a. a. O. Archiv. Bd. XX. S. 339 u. 340.

dem Grund der Angehörigkeit gemachte Eintheilung der Geschäfte zurückkommen. Die Resultate sind folgende:

1) Wenn contemplatione des Einen gehandelt wurde, während ein Anderer Dominus war, kann Dieser ratihabiren, weil der Gestor den eigentlichen Geschäftsherrn verbindlich machen wollte, Jenem steht dieses Recht zu, weil die in der Contemplation ausgedrückte specielle Absicht auf ihn gerichtet war. Es ist also Grundsatz, daß der besonders Berücksichtigte das Geschäft durch seinen Consens zu dem seinigen machen darf, jedoch ist hier eine Ausnahme nicht zu übersehen. Gehört nämlich das negotium schon ipso gestu einem Andern an, oder mit andern Worten hat dasselbe ohne seine Geltung erst durch die Genehmigung zu gewinnen, schon sofort als es vollzogen wurde, seine Wirkungen auf das Interesse des Letzteren geäußert, so kann Der, den es in der That gar nicht angeht, unter keiner Bedingung ratihabiren, auch wenn aus Contemplation für ihn gehandelt worden ist [1]). Der Grund hiervon liegt darin, daß er durch die Ratihabition, die sich in diesem Fall überhaupt in Bezug auf das gerirte Geschäft selbst gar nicht äußert, unmöglich dieses für sich in Anspruch nehmen kann, da die Wirkungen desselben schon direct einen Andern berührt haben.

Die weitere Gestaltung des Verhältnisses hängt hier, wo zwei verschiedene Personen zur Einwilligung befugt sind, lediglich davon ab, wer zuerst seinen Consens ertheilt. Vollständig gleichgültig ist dieß für den Gestor, der, gleichviel von wem die Genehmhaltung ausgeht, durch dieselbe stets einen Contrahenten erhält, dem er verantwortlich ist, der aber auch ihn schadlos halten, und von den eingegangenen Verpflichtungen befreien muß. Hat der eigentliche Geschäftsherr zuerst eingewilligt, so vernichtet seine Ratihabition die Berechtigung zu derselben bei Dem cujus contemplatione gehandelt wurde; dieser kommt nunmehr nicht weiter in Betracht. Hat der Letztere früher genehmigt, so bleiben Jenem immer noch seine Ansprüche als Geschäftsherr, und er kann diese in seiner Qualität als Dominus auch gegen den Ratihabirenden geltend machen.

2) Ist ein Geschäft geführt worden, das Mehreren aus demselben Grund angehört, so entscheidet die Contemplation über die Befugniß zur Genehmhaltung. Richtete sie sich auf Alle, so sind Alle berechtigt, ging sie auf Einen, so schließt dieser die übrigen aus, weil der animus neg. alien. gerendi und die Contemplation sich auf seine

---

1) l. 6. §. 11. Dig. h. t. — nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

Person vereinigten. Der Vater kann daher nie das für seinen Sohn geführte, der Miteigenthümer nie das für einen andern Communions-Interessenten besorgte Geschäft ratihabiren. War die Ursache der Angehörigkeit eine verschiedene, das negotium also ein cura et sollicitudine pertinens, so kann der in dieser Beziehung Betheiligte dasselbe nur dann genehmigen, wenn die besondere Berücksichtigung des Gestor ihn dazu berechtigt; der re ipsa dominus darf es jedesmal durch den Consens als das seinige beanspruchen, wie er stets von dem Geschäftsführer belangt werden kann.

Nach diesen Grundsätzen, welche über die Berechtigung zur Ratihabition gelten, bestimmt sich andrerseits auch die Verpflichtung zu derselben. Sie kann nur bei der absichtlichen Negotiorum Gestio eintreten, denn wenn mit dem animus neg. alien. gerendi nothwendiger Weise auch der animus obligandi fehlt, also die contraria actio überhaupt nicht angestellt werden kann, so fällt hierdurch das Interesse für den Gestor weg, der auch außerdem sein in diesem Fall ihm allein übriges Compensations- und Retentionsrecht ausüben kann. Hatte dieser dagegen die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, so liegt sie jedesmal Demjenigen ob, dem dieselben angehören, doch ist als stete Bedingung anzusehen, daß die Negotiorum Gestio eine utilis war; nur in diesem Fall kann dem Herrn zugemuthet werden, den Geschäftsführer schadlos zu halten. Wenn ein unglücklicher Zufall den erwachsenen Vortheil wieder vernichtet, oder ein solcher sich überhaupt gar nicht ergeben hat, so behindert dieß den Letzteren in seinem Zwangsrecht nicht, vorausgesetzt daß er nicht nach gesetzlichen Bestimmungen für den casus zu haften hat [1]), ebensowenig kann sich der Dominus wegen einer von Jenem begangenen Culpa der Ratihabitionspflicht entziehen. Zufolge dieser Verbindlichkeit des Geschäftsherrn läßt sich die Ratihabition bei der Negotiorum Gestio in eine nothwendige und eine freiwillige eintheilen [2]). Jene ist Gegenstand der actio contraria, und zwar, da ihr Zweck nur der ist, den Herrn verantwortlich zu machen, auch dann, wenn die Geschäfte schon ohne sie Geltung gewonnen haben; bei dieser müssen wir wieder einen Unterschied machen, je nachdem sie von dem Dominus selbst oder von einem Dritten ausgegangen ist. War nicht utiliter gehandelt worden, und hatte der Herr nicht ohne weitere Aufforderung seine Zufriedenheit dennoch zu erkennen gegeben [3]), so braucht er nicht zu

1) So wenn ein novum negotium geführt wurde, l. 11. Dig. h. t.

2) Diese Eintheilung ist anerkannt in l. 9. Dig. h. t.

3) Hat er die Gestio gebilligt, und somit als eine utilis anerkannt, so

ratihabiren, thut er es dennoch, so geschieht es freiwillig; ebenso darf Derjenige, auf den sich die Contemplation richtete, ohne daß ihn das Geschäft anging, zur Anerkennung desselben nicht gezwungen werden; er ist nur berechtigt, nicht verpflichtet, und es steht ganz in seinem Belieben, ob er sich einlassen will oder nicht. Diese letztere Art der Genehmhaltung unterscheidet sich von jeder andern dadurch, daß erstens durch sie die Angehörigkeit des Geschäfts erst begründet wird, zweitens aber ihre Wirkungen sich nur auf das obligatorische Verhältniß mit dem Gestor erstrecken [1].

§. 6. Von dem Einfluß der Ratihabition.

Die Untersuchung über den Einfluß der Ratihabition muß sich mit den Wirkungen derselben beschäftigen, insofern diese sich auf die geführten Geschäfte selbst, sodann aber auch auf die Obligation ex negotio gesto erstrecken.

Ueber die Geltung der durch einen Procurator vorgenommenen Handlungen, und die Wirkungen, welche hier die Genehmhaltung hat, mag zwischen den Römischen Juristen, unter denen bei dieser Frage die Sabinianer und Proculianer einander gegenüberstanden, viel Streit gewesen sein. Eine geschichtliche Entwickelung der geltenden Lehre liegt zu sehr außer dem Kreise unserer Aufgabe, als daß wir sie zu geben versuchen sollten [2], zu bemerken ist nur, daß wohl von allen Rechtsgelehrten die Ratihabition mit dem Mandat verglichen, die genehmigten Geschäfte den aufgetragenen gleichgestellt wurden. Uebrigens genügt uns die Bestimmung Justinians, daß jede Genehmhaltung zurückbezogen werden soll [3], wonach also die vom Gestor geführten negotia von dem Augenblick ihrer Vollendung an gültig werden. Eine Ausnahme hiervon findet statt bei dem Besitz. Besitzergreifung durch den Gestor ist, wie wir weiter unten noch genauer sehen werden, möglich, doch wird der Besitz erst erworben durch die Ratihabition ohne rückwirkende Kraft [4].

---

muß er nun auch ratihabiren; l. 9. Dig. h. t. von der weiter unten ausführlich die Rede sein wird.

1) l. 6. §. 9. Dig. h. t.

2) Busse, l. l. pag. 43. Glück, Commentar Bd. XXIII. S. 37. glaubt, daß nur die Sabinianer die Ratihabition mit dem Mandat verglichen hätten; dem widerspricht aber l. 6. §. 2. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

3) const. 7. Cod. ad. S. C. Maced. (IV. 28.) — quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.

4) l. 24. Dig. h. t. v. Savigny, Recht des Besitzes. §. 26. S. 365.

Viel schwieriger und für uns wenigstens auch wichtiger ist die Frage: inwiefern die vis retrotractiva Einfluß auf das Verhältniß zwischen Dominus und Gestor äußert? In dieser Beziehung hat jener Vergleich der Ratihabition mit dem Mandat Veranlassung zu sehr verschiedenen Ansichten unter den ältern und neuern Juristen gegeben, und man ist in der That nicht weit davon entfernt gewesen mit der Annahme, daß die Genehmhaltung die actio mandati begründe, die Existenz der aus der Negotiorum Gestio entspringenden Klage hinweg zu läugnen. So wenig Wahrscheinlichkeit diese Auffassung schon auf den ersten Blick für sich hat, so entschieden müssen wir ihr gegenüber das Princip festhalten, daß die Ratihabition den Charakter der schon bestehenden Obligation in keiner Weise berührt. Es ergiebt sich dieß mit Nothwendigkeit, wenn wir uns erinnern, daß jene die Annahme der von dem Gestor angebotenen Verbindlichkeit enthält, die Wirkung dieser Annahme kann nur die sein, daß eine solche Obligation entsteht wie der Geschäftsführer beabsichtigte, und welche er theilweise schon erfüllt hat. Handelte er als Gestor, so kann daher die Ratihabition nur die actio neg. gest. hervorrufen, handelte er als Mandatar, ohne es wirklich zu sein, (denn wenn ein Mandat vorliegt, so hat die Genehmigung auf das obligatorische Verhältniß der Contrahenten, das schon durch den Auftrag begründet ist, durchaus keinen Einfluß), so entsteht durch sie eine Verpflichtung, wie aus dem Bevollmächtigungscontract und somit die actio mandati [1]). Diesem Princip entgegen ist man immer mehr oder weniger von der Ansicht ausgegangen, daß die Ratihabition ein Mandatsverhältniß begründe. Den ersten Anstoß zu dieser gewiß irrthümlichen Lehre hat, wie bemerkt, der in l. 12. §. 4. Dig. de solut. et liberat. (XLVI. 3.) vorkommende Satz: „rati enim habitio mandato comparatur" — gegeben. Daß dort von den Wirkungen der Ratihabition auf die geführten Geschäfte die Rede ist, zeigt aber der ganze Zusammenhang, denn Ulpian sagt: sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit, rati enim habitio mandato comparatur. Veranlassung zu ihrer weiteren Anerkennung gab die viel besprochene l. 60. Dig. de reg. jur. (L. 17.) in der man jenen angenommenen Einfluß der Ratihabition auf das obligatorische Verhältniß entschieden anerkannt zu finden glaubte. Die Annahme, zu der man hiernach vielleicht sehr geneigt war, daß die Genehmhal-

1) Ein solcher Fall tritt ein, wenn ein ertheiltes Mandat sich auf ein bestimmtes Geschäft nicht erstreckt, dieses aber dennoch als mandirtes geführt worden ist.

tung dasselbe jedesmal in ein Mandat umwandle, wurde nun durch unzweideutige Quellenzeugnisse behindert [1]), und somit entstanden verschiedene, eine Vermittlung der widersprechenden Stellen versuchende Ansichten. Cujas, dem mehrere andere Juristen folgen, glaubte zuerst, daß in dem Fall der Ratihabition eine elective Concurrenz der mandati und neg. gest. actio anzunehmen sei [2]). Dieser allerdings am nächsten liegenden Meinung widerspricht aber, daß in jener l. 60. cit. durchaus nur die actio mandati, in andern Stellen nur die neg. gest. actio als zulässig anerkannt wird. Später änderte Cujas seine Ansicht dahin, daß er annahm, es komme auf die Absicht des Ratihabirenden an [3]), ob dieser ein Mandatsverhältniß habe eingehen oder die Negotiorum Gestio als solche anerkennen wollen. Es soll demnach dem Dominus nicht direct die Wahl der Klage, wohl aber die Wahl der Verbindlichkeit, der er sich unterziehen will, freigegeben sein. Hiergegen ist aber zu bemerken, was auch gegen die erstere Meinung spricht, daß man die Verpflichtung des Gestor nicht von dem Willen des Herrn abhängig machen kann. Jene besteht schon, Letzterer kann sie daher nicht einseitig ändern. Ueberdieß wäre es eine große Härte, den Gestor einer infamirenden Klage ohne sein Zuthun auszusetzen, und gewiß ist das nicht im Geiste der Römischen Juristen gehandelt, welche die Negotiorum Gestio befördern nicht von ihr zurückschrecken wollten. Andere Juristen machen endlich einen Unterschied nach der Zeit, zu welcher die Ratihabition erfolgt ist. Ist dieß geschehen vor Vollendung des Geschäfts, so soll sie die Wirkung haben, als wenn gleich Anfangs ein Mandat ertheilt sei, ist dagegen das Geschäft erst genehmigt worden, nachdem es zu Ende geführt worden war, so soll die begründete obligatio ex negotio gesto nicht geändert werden. In Betreff des erstern Falls wird aber wieder gestritten. Manche [4]) nehmen nämlich an, daß bei ihm unbedingt

---

1) l. 9. Dig. h. t. — erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. const. 3. Cod. de rei vind. (III. 32.) const. 20. Cod. famil. hercisc. (III. 36.) — sed mandati, si praecessit, coheres venditoris agere potest, vel negotiorum gestorum si ratam fecerit venditionem.

2) Cujacius ad l. 60. Dig. de div. reg. juris. Huber, Praelect. in tit. de neg. gest. §. 5. Westenberg, Principia jur. de neg. gest. §. 22. Dagegen d'Avezan contr. lib II. tract. IV. §. 3.

3) Recit. ad Julianum. vol. VI. Janus a Costa zu §. I. Inst. III. 27.

4) Hellfeld, Jurisprud. forens. §. 419. Hofacker, Principia jur. civil. tom. III. §. 30. 36. not. m. Vor Allen bemerkenswerth ist: Kritz, Pand. Recht Th. I. Bd. I. Kritz nimmt ebenfalls ein Mandatsverhältniß an, wenn Jemand im Interesse eines Andern thätig geworden, und Letzterer ge=

die actio mandati entſtehe, und berufen ſich dafür auf die l. 60. Dig. de reg. jur., welche ſie durchaus willkührlich dahin interpretiren, daß in ihr die Ratihabition als vor vollendetem Geſchäft ertheilt angenommen werde, Manche machen hier eben die Abſicht des Ratihabirenden als Maaßſtab geltend. — Dieſe Anſicht, wenn auch theilweiſe wohl irrig, hat das Gute, daß wenigſtens für den zweiten Fall anerkannt wird, was allgemein behauptet werden muß, daß die Genehmhaltung die ſchon beſtehende Obligation nicht ändern kann [1]). Nach dieſer kurzen Prüfung der verſchiedenen Meinungen wollen wir uns jetzt zu den Worten Ulpians, die insbeſondere Veranlaſſung zu der ganzen Controverſe gegeben haben, ſelbſt hinwenden:

Ulpianus lib. X. Disputat. Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.

---

nehmigt noch ehe und bevor das Unternommene zur Ausführung gediehen iſt, — ſtützt ſich aber dabei auf die l. 60. §. 1. Dig. mandat. (XVII. 1.) Der Fall iſt hier kurz folgender: Titius ſchreibt an den Sejus, und trägt dieſem, der ſich mit der Sempronia, der Tochter der Titia, verheirathen will, auf, der Letzteren hinſichtlich ihrer Verſprechungen einer Dos Credit zu geben. Auf dieſe Bürgſchaft hin bringt Sejus nicht auf Beſtellung der Mitgift, und erhält ſie auch nicht. Jetzt ſterben Titia und Titius, und Sejus verklagt deſſen Erben. Nun heißt es: Atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat, quod scripserat, dotem Sejo promisit. Quaero: si heres Titii ex causa mandati praestiterit, an actione mandati heredem Titiae convenire potest? Respondi: secundum ea, quae proponuntur, non posse. Der Erbe des Titius muß an den Sejus zahlen und es fragt ſich nun, ob er gegen den Erben der Titia, die weder einen Auftrag ertheilt noch ratihabirt hat, mit der Mandatsklage verfahren kann? Der Juriſt verweigert die Klage. Nun folgert Kritz: wenn weder ein Auftrag ertheilt, noch ratihabirt worden iſt, wird die mandati actio nicht gegeben, alſo würde ſie ſtattfinden, wenn die Genehmigung erfolgt wäre. Allein Scävola verwirft die mandati actio nur wegen des mangelnden Auftrags, wegen der nicht erfolgten Ratihabition ſchließt er die neg. gest. actio aus, die ſogleich erwähnt wird, indem es heißt: Item quaesitum est: an nec negotiorum gestorum? Respondi nec hoc nomine jure agere posse. Die Frage an den Juriſten iſt ganz allgemein geſtellt: Kann der Erbe der Titia belangt werden, wenn dieſe weder Auftrag gegeben noch ratihabirt hat? Er antwortet: Da kein Mandat vorliegt, iſt die mandati actio nicht möglich, und da nicht ratihabirt worden iſt, kann nicht mit der neg. gest actio geklagt werden.

2) Dieſer Anſicht, daß die Ratihabition nach vollendetem Geſchäft die beſtehende Obligation nicht berührt, ſchließen ſich an: Voet, comm. ad tit. de neg. gest. §. 14. d'Avezan, l. l. de Cocceji: Jus civ. contr. ad tit. de neg. gest. qu. 6. Zu vergleichen iſt auch: Animadversionum jur. civ. lib. singular. Gregorio Lopez Madera auctore. Colon. Agripp. 1694. cap. 31.

Eine Hinweisung auf die richtige Erklärung dieser Stelle finden wir schon in der Glosse des Accursius, welcher sagt: dic speciale in fidejussore ut ratihabitio mandati actionem inducat. Später ist diese specielle Beziehung auf den Bürgen in dem Ausspruch Ulpians durchaus nicht anerkannt worden bis Thibaut in der ersten Ausgabe seiner „Versuche" wieder darauf aufmerksam machte. In der zehnten Abhandlung des zweiten Bandes meint er, das Fragment sei von dem Fall zu verstehen, daß erst die Bürgschaft geleistet, dann ratihabirt, und dann von dem Bürgen gezahlt worden sei. Wegen dieser Zahlung die der Genehmhaltung folgte, soll der Bürge an den Hauptschuldner Regreß haben mit der Mandatsklage. Diese Ansicht verließ Thibaut in der zweiten Ausgabe wieder und nahm nach Vorgang Welckers [1]) an, daß der Dominus wie aus einem Mandat, der Bürge aber als Gestor gehalten sei [2]). — Eine Interpretation, die als vollständig befriedigend angesehen werden darf, ist in neuerer Zeit von Busse in der schon mehrfach angeführten Dissertation gegeben worden [3]). Busse führt zuerst aus, daß unter dem „intervenire" nichts Anderes zu verstehen ist als: fidejussoriam obligationem suscipere. Sodann wird nachgewiesen, daß die Gegenwart und das Schweigen des Herrn als Mandat galt, endlich daß in diesem Fall die mandati actio als infamirende Klage dem Bürgen gegeben wurde. Der Verfasser nimmt also einen genauen Zusammenhang beider Sätze der l. 60. cit. an und übersetzt dieselben folgendermaaßen: „Es ist angenommen, daß „wer den Andern an einer für ihn vorzunehmenden Verbürgung nicht „hindert, als Machtgeber gilt. Und wenn er nun auch nachher diese „Verbürgung als bloße Geschäftsführung genehm halten wollte, so „bleibt immer die frühere aus dem schon bestehenden Mandatsverhältnisse herrührende Klage." — Diese ganze Ansicht findet in den Quellen überall Bestätigung, denn von den beiden Klagen, die dem Bürgen überhaupt gegen den Hauptschuldner zustehen [4]), der mandati und neg. gest. actio wird die erstere ganz ausdrücklich als passend

---

1) C. T. Welcker, Dissert. interpret. exhibens l. 9. Dig. de neg. juncta l. 60. Dig. de reg. jur. Giessae 1813, die ich leider nicht habe erhalten können.

2) Auch v. Vangerow Bd. III. §. 664. S. 486. ist dieser Meinung. Er sagt, daß der dominus negotii nach erfolgter Ratihabition sich die actio mandati contraria gefallen lassen muß, der Gestor dagegen stets nur mit der neg. gest. actio directa belangt werden kann.

3) pag. 57—64. wo sich auch die Literatur genau angegeben findet.

4) l. 4. Dig. de fidejuss. et mandat. (XLVI. 1.)

anerkannt in l. 6. §. 2. Dig. Mandat. (XVII. 1.) Si passus sim aliquem pro me fidejubere — mandati teneor, ebenso in l. 18. eod.: Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur. Sodann wird auch besonders für diesen Fall die Qualität der mandati actio contraria als infamirenden Klage erwähnt in l. 6. §. 5. Dig. de his qui. not. inf. (III. 2.) utputa fidejussi pro te, et solvi; mandati te si condemnavero, famosum facio.

Ist die l. 60. cit. in der angegebenen Art zu verstehen, so widerspricht sie nicht bloß allen jenen angeführten Ansichten, die sie veranlaßt hat; sondern sie bestimmt auch, da in ihr der Dominus gezwungen wird, diejenige Verpflichtung einzugehen, welche der Bürge beabsichtigte, vollständig mit dem aufgestellten Grundsatz überein, daß die Ratihabition den Charakter der schon bestehenden Obligation zu ändern nicht im Stande ist.

Wenn wir bei der bisher geführten Untersuchung voraussetzten, daß die Genehmhaltung die eigentliche gegenseitige Verbindlichkeit und somit die Klage aus der Geschäftsführung begründe, so scheint diese Behauptung, die hinsichtlich der contraria actio nicht wohl bezweifelt werden kann, für die directa durch ein Quellenzeugniß in Abrede gestellt zu werden, in welchem es dem Anschein nach heißt, daß nach der Ratihabition der Geschäftsherr nicht mehr zu klagen befugt sei. Dieses Fragment ist die ebenfalls vielfach interpretirte:

L. 9. Dig. h. t. Scaevola lib. I. Quaestion. Pomponius scribit: si negotium a te, quamvis male gestum, probavero, negotiorum tamen gestorum, te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam? actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Immo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum; et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum gestorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impenderit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio [1]).

Nach Scävola hat also Pomponius gesagt: der Dominus, der

1) Vergl. über diese Stelle: Busse, diss. cit. pag. 46—50. und besonders Kritz a. a. O. über die neg. gestio §. 8. S. 400.

ein Geschäft, selbst wenn dieses schlecht für ihn geführt war, einmal gebilligt hat, kann den Gestor, vorausgesetzt, daß dieser nicht dolos gehandelt hatte, mit der neg. gest. actio nicht belangen, da er nachmals ja nicht wieder mißbilligen kann, was er einmal gebilligt hat. Scävola meint zu dieser Ansicht, es hänge hiernach die Klage von der Ratihabition ab, sie entstehe gar nicht, sobald der Herr seine Anerkennung ausspreche, denn wenn sie einmal zu existiren begonnen, wie könne sie dann durch den bloßen Willen wieder aufgehoben werden? In diesem Fall müsse sie auch nach der Billigung von Seiten des Herrn fortbestehen.

Das natürlichste Verständniß dieser Stelle gewinnen wir vielleicht durch die Annahme, daß Scävola die Worte des Pomponius nicht ganz richtig verstanden hat. Pomponius sagt: wenn ich ein Geschäft, das Du für mich besorgt hast, trotz der schlechten Führung desselben, einmal gebilligt habe, so kann ich dennoch dich mit der neg. gest. actio nun nicht belangen. Der Jurist nimmt hier nicht den Wegfall der Klage im Allgemeinen an, sondern nur hinsichtlich der schlechten, das heißt nachlässigen Handlungsweise des Gestor; dieß ergiebt sich aus dem Grunde, den er für seine Behauptung beibringt: quod reprobare non possim semel probatum. Scävola versteht diese aber so: eine mala gestio begründet gar kein obligatorisches Verhältniß, es fällt also bei ihr die directa, wie die contraria actio weg. Deßhalb sagt er, es handle sich hier darum, ob durch die Ratihabition eine Klage hervorgerufen werden könne, und in diesem Sinn wirft er auch die Frage auf: ipse denique, si quid impenderit, quomodo recipiet? Er nimmt also an, Pomponius behaupte von der Ratihabition ganz allgemein, was dieser von der Billigung theilweise behauptet.

Wenn wir schließlich nach den Wirkungen fragen, welche die Genehmhaltung auf das Verhältniß des Dritten, mit dem der Gestor für den Dominus contrahirte, äußert, so sind diese, wie überhaupt der Einfluß der Ratihabition ein doppelter ist, auch zweifacher Art. Erstens verleiht diese den abgeschlossenen Geschäften unbedingte Geltung, und in dieser Beziehung giebt der ertheilte Consens dem Dritten eine Garantie für die Rechtsbeständigkeit des neg., die häufig für ihn von großem Interesse ist, wie zum Beispiel in dem Fall, wenn er als Schuldner an den Procurator gezahlt hat, wo er durch die Zustimmung des Herrn befreit, also der Mühe und Gefahr überhoben wird, mit der condictio indebiti das Seinige wieder zu fordern. Sodann tritt er aber auch durch die Ratihabition mit dem Geschäftsherrn selbst in ein obligatorisches Verhältniß, das für beide Theile

Klagen erzeugt. Von diesem wird genauer in dem vierten Abschnitt dieser Abhandlung die Rede sein.

§. 7. Das Requisit der utilitas.

Als das im Verkehr hervortretende Bedürfniß zuerst einen rechtlichen Schutz für die unaufgetragene Geschäftsführung forderte, geschah dieß insbesondere, um dem Gestor einen Anspruch auf Ersatz der Vermögensverminderung zu geben, die ihn regelmäßig in Folge seiner uneigennützigen Thätigkeit betraf. Der ihn bedrohende Nachtheil war es, der, insofern er gleichsam hervorwuchs aus dem Gewinn, den der Dominus für sich zog, die Unzulänglichkeit der Gesetzgebung nachwies, und den Prätor zu einer Vermittlung der widerstreitenden Interessen aufrief; die natürliche Berechtigung des Geschäftsführers trat also eben nur dann hervor, wenn der ersichtliche Vortheil des Herrn die Ungerechtigkeit, Jenen Schaden leiden zu lassen in volles Licht stellte, und es konnte umgekehrt auch wieder als eine große Unbilligkeit gegen Diesen erscheinen, wenn er ohne sein Wissen in Verbindlichkeiten verwickelt wurde, die er einzugehen lediglich dann ein Interesse hatte, wenn sie als Folgen einer für ihn ersprießlichen Geschäftsführung sich herausstellten. Ebendeßhalb mußte auch dem Herrn gegen ein frivoles Eindringen in seine Angelegenheiten, das mindestens ebensoviel schaden konnte als eine besonnen geführte Verwaltung nützte, eine Garantie geboten werden, und um diese zu erreichen erkannte man die präsumtive Absicht des Gestor als eine nothwendige an, man hielt als Requisit einer verpflichtenden Geschäftsführung die utilitas der Gestio fest. An die Existenz dieses Erfordernisses knüpfen sich die wichtigsten Folgen, denn während sonst auf das angetragne obligatorische Verhältniß einzugehen dem Belieben des Herrn überlassen bleibt, erscheint jetzt die Ratihabition nicht mehr als das Ergebniß seiner freien Willensbestimmung, er kann sie zu ertheilen vor dem Richter gezwungen werden, und muß sich die contraria actio auf Ersatz und Befreiung des Geschäftsführers gefallen lassen. In der That wird also im einzelnen Fall mit Beantwortung der Frage, ob die Geschäfte utiliter gerirt seien, zugleich auch über die Entstehung der Obligation ex neg. gest. in ihrer Gegenseitigkeit entschieden, und es bedarf keines besonderen Nachweises, wenn wir behaupten, daß der Begriff der utilitas zu den praktisch allerwichtigsten in unserer Materie gehört [1]).

---

1) Auch Wächter in seinen Beiträgen zu der Lehre von der N. G. (Archiv Bd. XX. S. 337.) hält die Frage, in welchen Fällen eine gültige und für den Geschäftsherrn verbindliche N. G. vorhanden sei? für den Hauptpunkt, um

Unter einem negotium utiliter gestum können wir nun ein Geschäft verstehen, dessen Besorgung entweder positiven Nutzen gebracht, oder Schaden abgewendet hat. In diesem Fall lassen wir utiliter „materiell nützlich" bedeuten, und erhalten den Grundsatz, daß bei jeder Negotiorum Gestio auf den materiellen Nutzen des Herrn zu sehen, und nach diesem zu beurtheilen ist, ob dem Gestor die hierauf sich gründenden Ansprüche an Jenen zugestanden werden müssen oder nicht. Dieses Prinzip, obgleich vielfach und von bedeutenden Rechtsgelehrten anerkannt [1]), leidet aber an zwei Mängeln. Erstens muß es streng durchgeführt, mit dem wahren Interesse des Dominus jedesmal in offenen Widerspruch treten, sobald sich dieser nicht bei seinen Handlungen stets von der Rücksicht auf materiellen Gewinn leiten läßt, und wir werden somit auf Inconvenienzen geführt, die um so weniger zu entschuldigen sind, als sie den ganzen Zweck vereiteln, den die Römischen Juristen bei Aufstellung des vorliegenden Requisits vor Augen hatten. Nach dieser Erklärung wäre es, um nur ein Beispiel anzuführen, vollkommen utiliter gehandelt, wenn ein Gestor in Abwesenheit des Dominus dessen zu eigener Benutzung wohl eingerichtetes Haus, durch einen Bau dahin umgestaltet, daß es jetzt einen verhältnißmäßig sehr hohen Miethsertrag verspricht, während es früher dem Herrn eben nur eine freie Wohnung einbrachte. Der Herr würde in diesem Fall zur Ratihabition gezwungen, und noch wegen der Kosten für ein Geschäft in Anspruch genommen werden können, das seinem individuellen Interesse vollständig zuwiderlief. Zweitens kommen wir bei dieser Annahme in die Verlegenheit den Herrn auch dann als verbindlich ansehen zu müssen, wenn sein Geschäftsführer ihm einen Nutzen zu verschaffen nur beabsichtigte, in der That aber ihn dabei durch unverschuldete Umstände in offenbaren Schaden brachte. Allerdings rechtfertigt nun zwar in mancher Beziehung bei der Negotiorum Gestio der gute Wille den schlechten Erfolg und andrerseits werden wir sehen, daß jener Fall bei keiner Auffassung des Begriffs der utilitas außer dem Bereich der Möglichkeit liegt, dennoch darf man

---

den sich Alles drehe, und meint, daß sie deßhalb eigentlich an die Spitze der Lehre gestellt werden müsse. So gern ich diesen schätzbaren Fingerzeig benutzt hätte, so glaubte ich dennoch die Untersuchungen über den Begriff des neg. alienum und den animus neg. aliena gerendi mit Einschluß der Ratihabition voranstellen zu müssen, weil diese doch die letzte Basis der Obligation bilden. Vor der Darstellung der gegenseitigen Verbindlichkeit mußte aber das Requisit der utilitas jedenfalls behandelt werden.

1) Thibaut, Pand. Recht §. 630. Mühlenbruch, Pand. Recht §. 435.

aber besonders eben weil die Geschäftsführung eine unaufgetragene ist, bei welcher sich der Herr nicht selbst seinen Vertreter erwählt, der sich vielmehr grundsätzlich ein Jeder, auch der im Geschäftsleben Unerfahrene unterziehen kann, dem Gutdünken des Gestor nicht einen so weiten und gefährlichen Spielraum geben, als ihm eingeräumt ist, wenn nur seine Absicht zu nützen gefordert wird. Gegen die Behauptung, daß wir hierzu bei jener Annahme gezwungen seien, ließe sich zwar einwenden, daß eben ihr zufolge der Begriff der utilitas als ein absolut zu bestimmender aufgefaßt werden, es sich also um die Intention des Geschäftsführers nicht fragen solle; allein da sich vor Beendigung des Geschäfts nie bestimmen lassen wird, ob dasselbe ein nutzenbringendes gewesen ist, wegen des Erfolgs der Gestor aber nicht verbindlich erscheint, so wird auch der eifrigste Bekenner des Grundsatzes, daß die Verpflichtung des Herrn eine ihm materiell nützliche Geschäftsführung voraussetze, nicht umhin können, die anfängliche Entscheidung, ob es utiliter für Jenen gehandelt sei, ein gewisses Geschäft zu unternehmen, dem Ermessen des Gestor anheimzugeben. Aus dieser Verlegenheit könnte er sich lediglich durch die Annahme befreien, daß die Berechtigung des Letzteren von dem endlichen Resultat seiner Handlungen abhänge, und wirklich ist dieser Weg auch eingeschlagen worden, indem jene Juristen zur Begründung der Obligation voraussetzen, daß der Geschäftsherr wirklich den Nutzen des Herrn befördert habe. Bei dieser Meinung zeigt sich nun wieder der Uebelstand, daß man mit einer ganzen Reihe von Quellenstellen [1]), in denen lediglich darauf entscheidendes Gewicht gelegt wird, ob das negotium utiliter coeptum sei, der Erfolg also, insofern er ein von dem Gestor unverschuldeter war, nicht entfernt in Betracht kommt, in einen Widerspruch geräth, der sich nur wieder durch den neuen Zusatz lösen läßt, daß es nichts schade, wenn dieser Vortheil wieder verloren gegangen sei. Abgesehen aber davon, daß die als Zeugnisse für diese Ansicht angeführten Stellen, wie man wohl erwarten dürfte, nirgends ausdrücklich davon sprechen, daß der Vortheil während eines Augenblicks wirklich errungen gewesen sein müsse, geräth z. B. Mühlenbruch durch diese künstliche Auffassung genau genommen mit sich selbst in Widerspruch. Er verlangt ausdrücklich, daß es nicht bloß bei der guten Absicht des Gestor geblieben, vielmehr ein Vortheil für den Herrn erwachsen sei. Gedenkt er hiermit den Letzteren vor einer lästigen Verpflichtung zu bewahren, so muß er consequent ihn auch dann nicht

1) l. 10. §. 1. l. 22. Dig. h. t.

für verbindlich halten, wenn der Gewinn wieder verloren gegangen, das endliche Resultat der Geschäftsführung dennoch ein Schaden ist. Diese strenge Folgerung zu ziehen, verhindert ihn der klare Ausspruch der Quellen; um mit ihnen in Uebereinstimmung zu bleiben, muß er den Einfluß, den die Absicht des Gestor auf dessen Berechtigung hat, anerkennen, ist aber der Wille zu nützen entscheidend, kommt es nicht darauf an, ob sich dieser Wille auch wirklich realisirt hat, so ist es durchaus willkührlich demselben erst dann Gewicht beizulegen, wenn er einen Erfolg gehabt hat, derselbe aber wieder verloren gegangen ist. Entweder ist es die Absicht zu nützen, aus welcher sich der Anspruch des Geschäftsführers ergiebt, oder es ist der wirklich vorhandene Nutzen, wegen dessen der Herr verbindlich erscheint. Nimmt man das Erstere an, so darf der Erfolg selbst gar nicht in Anschlag gebracht werden, glaubt man, wie es Mühlenbruch thut, daß das negotium utiliter gestum ein Geschäft ist, das wirklichen Vortheil gebracht hat, so stützt man die Verantwortlichkeit des Herrn eben auf diesen Nutzen, der ihm zu Gute gekommen ist, und kann ihn nicht als verbindlich ansehen, wenn er nach Verlust des errungenen Gewinns schließlich doch Schaden gehabt hat.

Einen andern Weg schlägt Kritz ein [1]). Auch er nimmt an, daß die Verbindlichkeit des Abwesenden eine bedingte sei, abhängig davon, ob das Resultat der Negotiorum Gestio einen Gewinn oder doch die Erhaltung eines Werthes darstelle, welcher die Summe der Ersatzverbindlichkeiten des Abwesenden nicht übersteige; allein er subsumirt die Fälle, in welchen nach unsern Quellen eine Verpflichtung des Herrn auch bei dem utiliter coeptum negotium vorhanden sein soll unter eine große Ausnahme, indem er den Abwesenden zum Ersatze auch dann für verbunden hält, wenn die Voraussetzung zu rechtfertigen ist, daß der Abwesende, dafern er gekonnt hätte, einen der Negotiorum Gestio entsprechenden Auftrag ertheilt haben würde. Will man nun überhaupt den Erfolg als das bei unserer Frage entscheidende Moment betrachten, so ist nicht zu bestreiten, daß diese Ansicht bei weitem die richtigste ist. Mit ihr ist die Möglichkeit anerkannt, daß gegen den Geschäftsherrn ein Anspruch zustehen könne, selbst wenn ein wahrer Vortheil aus der Gestio sich in keinem Augenblick ergeben hatte, und dieß ist ein Grundsatz, der von der höchsten praktischen Wichtigkeit, eben ganz besonders in der oben angegebenen Auffassung vermißt wurde. Gegen diese Meinung bleibt nur das anfängliche Be-

---

1) Pand. R. Die Neg. gest. §. 7. S. 393.

denken übrig, daß nach ihr eine Verbindlichkeit des Herrn auch dann angenommen wird, wenn gegen sein wahres Interesse sein materieller Nutzen befördert worden ist, und um dieses zu beseitigen müßte man jenem Grundsatz, daß es darauf ankomme, ob der Dominus einen entsprechenden Auftrag gegeben haben würde, auch dann eine gewisse Geltung zugestehen, wenn die Gestio einen günstigen Erfolg gehabt, das heißt einen materiellen Vortheil gebracht hat. In der That scheint es also als ob die Ausnahme als Regel zu betrachten sei, und anstatt von dem Princip auszugehen, daß die Verpflichtung des Herrn sich als eine vor dem Erfolg bedingte herausstelle, er ausnahmsweise aber auch zu seinem Nachtheil verbindlich werde, wenn vorauszusetzen wäre, daß er die unternommene Geschäftsführung mandirt haben würde, die Behauptung aufgestellt werden müsse, daß es auf das letztere Moment regelmäßig ankomme, und der Herr, wie er in Anspruch genommen werden kann, auch wenn er keinen Vortheil von der Gestio hatte, so andrerseits nicht verantwortlich ist, wenn jenes fehlt, ein materieller Vortheil aber vorliegt.

Besondere Beachtung müssen wir endlich der Lehre des um unsere Frage vor Allen hochverdienten Wächter zuwenden. Von dem Princip ausgehend, daß die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn sich aus der Rücksicht auf die utilitas dominorum das heißt Derjenigen herleite, deren Verhältnisse in der Lage sind, daß sie die hülfreiche Einmischung eines Dritten dringend bedürfen, folgert Wächter, daß die Negotiorum Gestio Etwas sei, das man eben nur für Nothfälle rechtlich begünstigen müsse. Nach ihm ist deßhalb eine von Anfang an und ohne Rücksicht auf ihren Erfolg gültige und den Geschäftsherrn verpflichtende Negotiorum Gestio nur dann vorhanden, wenn die vom Gestor unternommene Handlung für den Geschäftsherrn eine res necessaria war, nothwendig geschehen oder versucht werden mußte, entweder zur physischen oder juristischen Erhaltung seiner Sachen oder um sonst Schaden oder Unannehmlichkeiten von ihm abzuwenden. Wenn aber auch eine res necessaria, in deren Kategorie auch die gewöhnlichen und laufenden Geschäfte des Dominus gehören, unternommen wurde, so wird außerdem noch weiter erfordert, daß der gemachte Aufwand den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen, und das Unternommene wirklich seinen Plänen und Absichten nicht geradezu entgegen war. Sind diese beiden Requisite erfüllt, so wird auch der Herr sofort bei dem Beginn der Negotiorum Gestio verpflichtet, unternimmt dagegen der Gestor etwas bloß Nützliches, so handelt er zunächst auf eigene Gefahr, und eine Ersatzverbindlichkeit des Herrn tritt aus einem ganz

andern Grunde, nämlich nur in Folge des Princips: „nemo cum „damno alterius locupletior fieri debet“ ein.

Als Beleg für diese Ansicht führt Wächter zunächst an, daß in den Stellen, in welchen von einem neg. utiliter coeptum (und es unterliegt keinem Zweifel, daß hier das „utiliter“ dieselbe Bedeutung wie in dem Ausdruck: neg. utiliter gestum hat) die Rede sei, überall nothwendige Geschäfte erwähnt werden, dagegen daß der Gestor auch bei beabsichtigten bloßen Nützlichkeiten den Herrn von Anfang herein verpflichte, auch nicht ein einziges Mal gesagt ist. Außerdem spricht allerdings auch das Prätorische Edict und Ulpian in der l. 1. Dig. h. t. ebenso wie Gajus in der l. 5. Dig. de O. et A. (XLIV. 7.) bei den Gründen, weßhalb die Negotiorum Gestio klagbar gemacht worden sei, von necessariis rebus, und ganz ausdrücklich scheint Wächters Meinung noch der erst genannte Jurist zu bestätigen, wenn er in der l. 10. §. 1. Dig. h. t. sagt: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur.

Ungeachtet der bedeutenden Vorzüge, welche unverkennbar diese Theorie hat, und so wichtig einzelne Sätze derselben sind, so erheben sich doch gegen die Gestalt, in welcher sie in ihrer Gesammtheit uns entgegentritt, mancherlei Bedenken. Aus dem unbestreitbar richtigen Princip, daß die Negotiorum Gestio aus Rücksicht für die utilitas der Herrn klagbar gemacht worden sei, folgert Wächter, daß sie eben nur für Nothfälle rechtlich anerkannt werden dürfe, dem Gestor also nur dann ein Anspruch zugestanden werden könne, wenn er in necessariis rebus gehandelt habe. Wenn aber nun zu diesen auch die gewöhnlichen und laufenden Geschäfte des Herrn gerechnet werden, wenn auch diejenige Gestio als utilis gilt, welche den Handel eines abwesenden Kaufmanns in gewohnter Weise fortzuführen den Zweck hat, erscheint da nicht eben durch diesen Zusatz jenes Princip in seiner Strenge erschüttert? Die Besorgung der laufenden Angelegenheiten wird gewiß nicht immer auf die physische oder juristische Erhaltung von Sachen, oder auf die Abwendung eines Schadens abzielen, man kann vielmehr behaupten, daß, wie der Betrieb eines Handelsgeschäfts, oder selbst die Verwaltung eines Vermögens nicht bloß auf die Erhaltung des Vorhandenen, sondern auf neuen Erwerb gerichtet ist, so auch durch die Leitung der gewöhnlichen Angelegenheiten ein weiterer Gewinn regelmäßig beabsichtigt wird. Wächter führt unter Berufung auf mehrere Stellen für seine Meinung an, daß der Gestor, wenn er für den Dominus einen Kauf abgeschlossen habe, nur unter der

Voraussetzung zu der contraria actio berechtigt sei, daß die gekauften Gegenstände für den Letzteren nothwendige gewesen seien. Wie ist nun der, allerdings gewiß sehr selten eintretende Fall zu entscheiden, wenn ein Geschäftsführer für einen abwesenden Kaufmann, dessen vorhandene Waaren verkauft, andrerseits aber, um das Lager vollständig zu erhalten neue Einkäufe besorgt? Utiliter ist hier ohne Zweifel gehandelt [1]), hat aber der Gestor necessarias res gekauft? Man könnte dieß bejahen, denn ein Kaufmann kann ohne Waaren nicht bestehen, sie sind mithin für ihn nothwendig. Allein läßt sich auch auf diese Weise der Ausdruck „nothwendig" hier rechtfertigen? Ist deßhalb auch die Handlung des Geschäftsführers eine res necessaria in dem oben angegebnen Sinn? Die Veräußerung der Vorräthe kann als solche noch angesehen werden, wenn ein Sinken der Preise unter den von dem Dominus gezahlten Werth zu befürchten steht, der Einkauf aber in der kaufmännischen Absicht dabei zu verdienen, ist eine ganz neue und selbstständige Spekulation, die, wenn sie vorgenommen wird, dem Herrn einen Gewinn bringen kann, nicht aber nöthig ist, um ihm das Seinige zu erhalten und ihn vor einem Schaden zn bewahren. Um sie als res necessaria darzustellen, müßte man deren Begriff dahin ausdehnen, daß man als solche auch diejenige Handlung ansähe, welche nicht bloß auf die Abwendung eines Nachtheils gerichtet ist, sondern auch den Zweck hat, dem Dominus einen angemessnen und in seinen Verhältnissen natürlichen Gewinn zu bringen. Mit dieser Ausdehnung kommt aber wieder der Begriff des Nützlichen ins Spiel, der eben dadurch vermieden werden sollte, daß man die klagbare Gestio auf die Fälle beschränkte, wo das Nothwendige besorgt wurde. Die Consequenzen, die sich aus der Annahme ergeben, daß auch die gewöhnlichen und laufenden Geschäfte als nothwendige zu betrachten seien, weisen also nach, daß mit ihr in den ursprünglichen Grundsatz das Moment eines nicht nothwendigen Nutzens hineingebracht wird, das Princip wird daher in seinem eigentlichen Wesen verändert, und kann, da der Zusatz, der diese Veränderung herbeigeführt hat, kein willkührlicher, sondern ein durch die Natur der Verhältnisse gebotner ist, in seiner reinen Gestalt nicht als ausreichend angesehen werden.

In der That sprechen aber auch die Quellen für dasselbe nicht so unbedingt, als es nach den oben angeführten Gründen den Anschein hat. Allerdings führen die Römischen Juristen, wo sie von

1) Die Bestimmung der l. 11. Dig. h. t. kann nicht hierher bezogen werden, da hier vorzugsweise ein solitum negotium geführt worden ist.

dem neg. utiliter coeptum reden beispielsweise überall nothwendige Geschäfte, an und es findet sich meines Wissens keine Stelle, in der eine Negotiorum Gestio als klagbar bezeichnet wird, sobald der Gestor lediglich Nützlichkeiten beabsichtigte, allein hiermit ist doch wohl nur soviel bewiesen, daß necessaria negotia zu führen als utilis gestio gilt, der materielle Nutzen hingegen nicht als entscheidend in Betracht kommt. Wenn sich ein Prinzip auffinden ließe, nach welchem die nothwendigen Geschäfte in jener Eigenschaft auch anerkannt, der Begriff des utiliter aber auf sie nicht beschränkt würde, wenn dieß möglich wäre, ohne den materiellen Nutzen als Maaßstab der Beurtheilung in den einzelnen Fällen anzusehen, so würde demselben weder einerseits die beispielweise Anführung nothwendiger Geschäfte als solcher, die für utiliter coepta zu halten seien, noch andrerseits das Schweigen der Quellen widersprechen. Ein solches Princip aufzufinden, werden wir weiter unten den Versuch machen, und eben da wird sich denn auch vielleicht der Nachweis geben lassen, weßhalb sich die Quellen in der angegebenen Weise verhalten. Schon hier mag aber bemerkt werden, daß die Besorgung dringend nothwendiger Geschäfte deßhalb stets als eine utilis gestio erscheinen muß, weil allerdings die unaufgetragene Geschäftsführung zunächst in Nothfällen besonders zu begünstigen schien. Das Interesse, welches, da Jeder in die Lage kommen kann fremder Hülfe zu bedürfen, ganz allgemein Alle daran haben, daß die uneigennützige Thätigkeit zu Gunsten Anderer befördert werde, trat ganz besonders dann hervor, wenn ohne diese Einmischung Rechte und Sachen verloren gingen, in Folge davon also ein schwer zu ersetzender Schaden erfolgte. Die Rücksicht für diese Fälle bewog zunächst den Prätor das obligatorische Verhältniß durch eine Klage zu schützen, und es ist deßhalb leicht erklärlich, daß die Römischen Juristen, wo sie von dem Nutzen des erlassenen Edicts sprechen, auf Geschäfte hinweisen, deren Besorgung sich für den Herrn als eine speziell nothwendige zeigte. Nicht diese allein hatte aber der Prätor klagbar gemacht, seine Worte sind: si quis negotia alterius — gesserit, judicium eo nomine dabo. Diese zu allgemeine Wortfassung mußte zu einer unbilligen Verantwortlichkeit des Herrn hinführen, die denn eben dadurch später wieder aufgehoben wurde, daß man das Requisit der utilitas aufstellte. Daß hiermit der Umfang einer verpflichtenden Negotiorum Gestio auf die Fälle beschränkt worden sei, deren Berücksichtigung zuerst das Prätorische Edict hervorrief, kann aus den Gründen, welche die Römischen Juristen für dessen Nothwendigkeit anführen, zunächst noch nicht gefolgert werden.

Was die l. 10. §. 1. Dig. h. t. betrifft, deren genauere Erklärung weiter unten folgen wird, so scheint mir bei den Worten Ulpians der Zusatz: vel quae oneratura est patremfamilias bemerkenswerth. Der Jurist stellt die Regel, daß der nicht utiliter handele, der ein dem Dominus nicht nothwendiges Geschäft unternehme, doch nicht ohne einen Zusatz auf, den Worten: non necessariam rem fügt er bei: „oder ein Geschäft, das dem Dominus lästig werden muß,“ scheint also hiermit nicht die Möglichkeit auszuschließen, daß ein Geschäft nicht als ein nothwendiges und doch als utiliter geführt erscheinen könne. Eine ähnliche Bemerkung macht auch Afrikan in der l. 46. Dig. h. t. mit den Worten: Puto referre, qua mente emerim; nam si propterea, quod tibi necessarium esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emtum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum. Wenn du dem Titius Auftrag ertheilt hast, einen fundus zu kaufen, ich höre davon, und kaufe selbst ihn für Dich, so kommt hinsichtlich der Klagberechtigung Alles darauf an, in welcher Absicht ich gehandelt habe. Geschah es, weil ich wußte, daß das Grundstück Dir nothwendig sei, und Du den Willen hast es zu kaufen, so greift die Geschäftsführungsklage Platz. Wie in der l. 10. cit. wo von einer non utilis gestio die Rede ist, zu dem „non necessariam rem“ noch ein Zusatz gemacht wird, so auch hier, wo Afrikan von einem utiliter Handeln spricht. Bei der Frage, ob im einzelnen Fall eine verpflichtende Gestio vorliege? scheint daher das Moment der Nothwendigkeit mindestens nicht als das allein entscheidende angesehen worden zu sein.

Ein ähnliches Bedenken hervorzurufen ist auch die const. 2. Cod. h. t. geeignet. Contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur — dandam actionem — receptum est. Wenn utiliter gerere soviel heißt als res necessarias gerere, weßhalb setzen die Kaiser zu den Worten: urgentibus necessitatis rationibus noch hinzu: utiliter gerantur, machen sich also einer offenbaren Tautologie schuldig? Hierauf ließe sich antworten, daß auch bei nothwendigen Geschäften nach Wächters Ansicht doch nur dann eine utilis gestio vorhanden ist, wenn unter Berücksichtigung der Verhältnisse und Umstände des Herrn gehandelt wurde. Die Kaiser konnten also ganz absichtlich das „utiliter“ hinzugefügt haben, weil sie die Verbindlichkeit des Pupillen nur für diesen Fall aussprechen wollten. Erklärt man aber die angeführte Constitution in dieser gewiß richtigen Weise, so hat das „utiliter“ eine Bedeutung, bei der die Nothwendigkeit der geführten Geschäfte gar nicht in Be-

tracht kommt, denn nach dieser Annahme wird in jener Stelle, abgesehen von der Nothwendigkeit speziell noch eine utilis gestio gefordert.

Endlich muß auch noch die l. 3. §. 9. Dig. h. t. in Betracht kommen. Gegen die Regel, daß der Gestor wegen jeder Verschuldung verantwortlich ist, wird hier gesagt, daß er nur den dolus zu prästiren habe, wenn von seiner Seite die Geschäftsführung aus Freundschaft erfolgte: **ne bona mea distrahantur.** Seine geringere Haftungspflicht scheint sich eben daraus herzuleiten, daß er höchst nothwendige Geschäfte führte, den Dominus durch seine Einmischung vor einem großen Nachtheil, der außerdem unvermeindlich gewesen wäre, bewahrte. Hätten nun die Römer die klagbare Negotiorum Gestio auf die Fälle beschränkt, in welchen necessariae res besorgt worden waren, wie ließe es sich hier erklären, daß der Gestor eben weil er eine solche unternommen hatte, dabei in geringerem Maaße verantwortlich sein solle?

Kann es nun aus allen diesen Gründen nicht als Regel angesehen werden, daß der Herr nur dann durch eine unaufgetragene Geschäftsführung unbedingt verpflichtet wird, wenn die Einmischung in seine Angelegenheiten durch die Nothwendigkeit geboten war, so verdanken wir doch der Ansicht Wächters das Princip, welches als das richtige angesehen werden muß. Wächter stellt als weitere Bedingung einer utilis gestio das Erforderniß auf, daß der von dem Gestor gemachte Aufwand den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen, und das Unternommene wirklich seinen Plänen und Absichten nicht geradezu entgegen sein müsse. Diese Regel, deren Vortrefflichkeit sich in jedem concreten Fall bewähren muß, spricht, wie wir sehen werden, eigentlich schon den Grundsatz aus, nach welchem die Entscheidung erfolgen muß. Vielleicht ist es nämlich, wie die einfachste so auch die richtigste Meinung, wenn man mit Rücksicht darauf, daß der Procurator doch immer anstatt des Dominus handelt, annimmt, daß der Gestor die Geschäfte so führen soll, wie sie der Herr selbst geführt haben würde. Der Wille des Letzteren insofern sich derselbe durch Worte oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, ist daher die nächste Richtschnur, der er folgen muß. Es ist seine Pflicht, diesen Willen zu erforschen, gelingt ihm dieß aber nicht, so ist es die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse, die er in Erwägung ziehen, und wonach er seine Thätigkeit einrichten muß; erst wenn im einzelnen Fall diese nicht in Betracht kommen, liegt es ihm ob, den materiellen Vortheil des Herrn im Auge zu haben, denn allerdings soll er nie ganz willkührlich und nach eignem Gutdünken verfahren. Der Begriff der utilitas ist also

ein durchaus relativer, der im concreten Fall erst durch die faktischen Verhältnisse seine bestimmte Gestaltung erhält. Kann aber ein und dasselbe Geschäft für den Einen als ein ersprießliches gelten, während es dieß für einen Andern offenbar nicht ist, so wird man als Beispiel eines Geschäfts, das unbedingt utiliter gerirt wurde, nur ein für den Herrn nothwendiges annehmen können. Ebendeßhalb sprechen auch die Römischen Juristen so häufig von necessariis negotiis. Ein Geschäft, das zu unternehmen die Nothwendigkeit gebot, muß stets ein solches sein, dessen Vornahme in dem wahren Interesse des Herrn liegt; jedes andere kann unter Umständen demselben widerstreiten, und eignet sich daher nicht dazu als Beispiel eines neg. utiliter gesti aufgestellt zn werden.

Für unsere Annahme scheinen nun mehrere äußere und innere Gründe zu sprechen. Unter den einschlagenden Quellenstellen ist in unserm Digestentitel insbesondere die **l. 10.** von Wichtigkeit. Schon unter den Römischen Juristen scheint eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Auffassung des Wortes „utiliter" geherrscht zu haben, denn in **l. 10. §. 1.** erklärt Proculus die Stützung eines Hauses, welches der Herr derelinquirt hatte, oder sonst für sich als unnütz ansah, für eine utilis gestio, während Celsus diese Meinung verwirft. Derjenige, sagt dieser Jurist, hat die actio negotiorum gestorum, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur. Wie die Erklärung dieser Worte möglich ist, wenn utiliter dahin verstanden wird, daß es „einen positiven Gewinn bringend" bezeichnet, läßt sich schwer sagen. Wenn Celsus meint, daß die Stützung eines Hauses, welches nicht die Kosten trägt (insulaquam quasi impar sumtui-dereliquerit) nicht als ein negotium utiliter gestum anzusehen sei, so können wir das „utiliter" wohl in der angegebenen Weise auffassen, wenn er aber dasselbe auch in dem Fall annimmt, daß ein Haus gestützt worden ist, quam dominus sibi necessariam non putaverit, so ist diese Behauptung des Juristen nach jener Erklärung des utiliter durchaus nicht gerechtfertigt; denn ein solches Haus kann, wenn gleich der Herr es als für sich nicht nothwendig ansieht, doch immer noch sehr gut rentiren, durch die Reparatur wird ihm somit ein Vermögensstück erhalten, die Geschäftsführung also für ihn von positivem Nutzen sein. Dennoch sagt Celsus mit Recht, in diesem Fall sei nicht utiliter gehandelt worden, denn non necessaria insula bedeutet ein Haus, das der Herr nach seinen Verhältnissen nicht braucht, das zu behalten nicht in seinem

Sinn lag, weßhalb die darauf gemachten Verwendungen auch nicht nützliche — utiles — sind.

Außerdem verdient aber auch besondere Berücksichtigung die l. 27. Dig. h. t. Zwei Brüder haben ein gemeinschaftliches Grundstück. Während der Minorität des Jüngeren baut der ältere Bruder weitläufige Gebäude, und will bei der spätern Theilung die gemachten Auslagen zur Hälfte wieder erstattet haben, weil die Sache dadurch meliorirt worden sei. Auf die Frage, ob er dieß könne? antwortet Herennius Modestinus: ob sumtus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos, eum, de quo quaeritur, actionem non habere [1]). Der Jurist spricht ihm das Recht ab, weil die Impensen voluptatis causa gemacht worden sind. Dieser Ausdruck: voluptatis causa gegenüber den Worten nulla re urgente, mit denen auf nothwendige Ausgaben hingedeutet wird, ist gewiß nicht ohne Absicht gewählt; zwischen den necessariae und voluptuariae impensae liegen die utiles, und man darf wohl schließen, daß der Bruder hinsichtlich solcher ein Rückforderungsrecht haben würde. Ist aber utiliter gehandelt wenn utiles impensae aufgewendet worden sind, so dürfen wir zur Rechtfertigung unseres von dem neg. utiliter gestum aufgestellten Begriffs hier anführen, wie relativ der Begriff der „nützlichen Verwendungen" ist, und wie sehr bei Entscheidungen über die derartige Qualität der Impensen die persönlichen Verhältnisse des Eigenthümers berücksichtigt werden müssen. In der l. ult. Dig. de usu et habit. (VII. 8.) sagt Paulus: Deteriorem-causam usuarii facere non potest; facit autem deteriorem, etiam in meliorem statum commutata. Es braucht sich also der Usuar eine Veränderung der Sache, an der ihm der Usus zusteht, selbst dann nicht gefallen zu lassen, wenn diese dadurch meliorirt wird. Der Grund dieser Bestimmung liegt offenbar darin, daß die angebliche Verbesserung möglicher Weise dem Interesse des Berechtigten zuwider, für ihn also eine Verschlechterung sein kann.

In l. 9. Dig. de imp. in r. dot. f. (XXV. 1.) werden gewisse Impensen, die der Mann auf die Dotalgüter der Frau machte, für voluptuariae in l. 10. eod. dieselben für utiles erklärt: si hae res, in quibus factae sunt, promercales fuerint. Ebenso heißt es in l. 27. Dig. de rei vind. (VI. 1.) daß die auf den Unterricht von Sklaven gemachten Verwendungen nicht wieder gefordert werden könnten, außer wenn der Eigenthümer die Sklaven zu verkaufen beabsich-

---

1) Auch hier spricht die Erwähnung der necessitas nicht für die Ansicht von Wächter. Der Grund der Entscheidung liegt in den Worten: voluptatis causa factos.

tigte, wie Pomponius in der l. 29 eod. hinzufügt. Es werden dieselben hiernach unter gewissen Verhältnissen für utiles anerkannt, während sie sobald der Herr andere Absichten hatte, nur als voluptuariae gelten dürfen. Bemerkenswerth ist auch der Ausspruch des Celsus in l. 38. eod., wo es heißt, bei der Frage, welche Impensen dem Besitzer eines fundus alienus restituirt werden müßten, werde der Richter: varie ex personis causisque entscheiden.

Für die Behauptung, daß der Gestor so handeln muß, wie der Dominus es zu thun pflegt, spricht auch die l. 11. Dig. h. t. nach welcher Jener die Gefahr des Zufalls auf sich nimmt, wenn er ein negotium, quod non sit solitus absens gerere führt. Diese Bestimmung, welche den Herrn vor einem maaßlosen Speculiren in seinen Angelegenheiten sicher stellen soll, ist durch den Grundsatz, daß er nur ein utile negotium anzuerkennen braucht und als solches zunächst nur dasjenige anzusehen ist, was der Herr selbst vorgenommen haben würde, vollständig gerechtfertigt. Aus einem neuen und gewagten [1]) Geschäft hat der Gestor erst dann gegen den Herrn einen Anspruch, wenn der Erfolg desselben ein glücklicher war. Für gewöhnlich wird dagegen dieser nicht in Anschlag gebracht [2]), da, wenn auch vom Gestor verlangt werden kann, daß er, soweit es in seiner Macht steht, den Vortheil des Herrn befördere, man ihm doch nicht zumuthen darf, bei seiner uneigennützigen Thätigkeit für jeden unglücklichen Zufall einzustehen. Es genügt in der Regel, daß das neg. utiliter coeptum ist, den dabei eintretenden casus trägt mit wenigen Ausnahmen Derjenige, dem der erwachsende Gewinn zu Gute kommt.

Zum Schluß möchte ich noch auf l. 8. §. 6. Dig. Mandat. (XVII. 1.) aufmerksam machen: Ulpianus — Mandavi, ut negotia gereres; si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius

1) Daß übrigens in der l. 11. Dig. h. t. das Gewagte des Geschäfts nicht den Ausschlag giebt, und nicht jedes neue Geschäft ein gewagtes ist, bemerkt auch Wächter a. a. O. S. 360. Es kommt Alles darauf an, ob das neg. ein solches war: quod non sit solitus absens gerere. Pflegte der Herr gewagte Geschäfte zu machen, so darf dieß für ihn unter Umständen und bis zu einem gewissen Grade auch der Gestor thun. Das Lotteriespiel z. B. ist ein gewagtes Geschäft, bennoch halte ich es für utiliter gehandelt, wenn der gestor omnium rerum ein Lotterieloos, das der abwesende Dominus selbst schon genommen hat, für die spätern Classen erneuert. In dem ersten Ankauf des Looses liegt gleichsam die Erklärung des Herrn, wie er es in dieser Angelegenheit gehalten wissen will.

2) l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. Dig. h. t.

idonee gesserit, cessat mandati actio. Hier gebraucht der Jurist, wo es zu erwarten war, daß er „utiliter“ sagen würde, den Ausdruck: idonee; was haben wir aber wohl anders unter einer idonea gestio zu verstehen, als eine Geschäftsführung, die den Bedürfnissen des Herrn angemessen, für ihn eine passende war?

Wie es hiermit nach außen hin als gerechtfertigt erscheint, wenn wir annehmen, daß die utilis gestio eine solche Geschäftsführung ist, die dem Herrn wünschenswerth, für ihn nach seinen Verhältnissen ersprießlich, und überhaupt der Art ist, wie er selbst sie vorgenommen haben würde, so wird diese Meinung insbesondere auch noch durch zwei innere Gründe bestärkt, erstens dadurch, daß dem Dominus, auch wenn nicht utiliter gehandelt wurde, die Ratihabition freisteht, und zweitens, daß der Gestor, wenn er nachweislich den Willen des Herrn befolgte, selbst dann von seiner Ersatzverbindlichkeit befreit ist, wenn diesem durch seine Handlungsweise ein offenbarer Vortheil entging. Dem Gestor steht, wenn die Geschäfte nicht utiliter von ihm gerirt worden sind, eine Klagberechtigung gegen den Dominus wegen der gemachten Verwendungen überhaupt gar nicht zu. Die utilitas ist also ein unbedingtes Requisit der actio contraria, und es kommt Alles auf die in der Ratihabition liegende Erklärung des Herrn an, gleichviel ob diese erzwungen wurde oder freiwillig erfolgte. Wäre nun der Begriff der utilitas ein absoluter, das heißt nach allgemeinen Grundsätzen für alle Personen gleichmäßig festzustellender, so würde der Dominus durch seine Ratihabition, wenn wirklich nicht absolut utiliter gehandelt worden wäre, dem Geschäftsführer keine Klage geben können, ebensowenig als ihm dieß durch die Genehmhaltung möglich ist, wenn Jener nicht den animus erogata recuperandi hatte; denn der Gestor hätte durch den Mangel der utilitas unersetzbar seine Ansprüche an ihn verloren. Allein der Begriff der utilitas ist ein relativer, von dem Herrn im concreten Fall wenigstens insofern zu bestimmender, als ein Zweifel, wenn er erklärt, daß nach seinen Verhältnissen utiliter gehandelt worden sei, dagegen aus allgemeinen Gründen nicht erhoben werden kann. Wenn der Dominus ratihabirt, so erkennt er die Geschäfte an, als ob er sie selbst geführt habe, er erklärt die Geschäfte für utiliter, das heißt in der Art vorgenommen, wie er sie selbst besorgt haben würde.

Als weiterer Grund dafür, daß der Begriff der utilitas nach den Umständen verschieden ist, läßt sich die in l. 18. §. 1. Dig. de usur. (XXII. 1.) gegebene Bestimmung anführen, daß der Gestor, der die Capitale des Herrn nicht auf Zinsen gelegt hat, deßhalb nicht

verantwortlich ist, sofern dieser selbst es nicht zu thun pflegte. Es ist offenbar, daß diese Handlungsweise dem Dominus einen Gewinn entzieht, allein dennoch gilt sie für eine utilis, weil er ex consuetudine domini verfahren ist.

§. 8. Von einigen speziellen Behinderungsgründen einer klagbaren negotiorum gestio.

Es ist bisher von den allgemeinen Erfordernissen die Rede gewesen, welche sich als nothwendig zu der Existenz des Quasicontracts ex negotio gestio und der aus ihm entspringenden Klage herausstellen, wir werden jetzt von einigen Fällen handeln müssen, in denen, abgesehen von jenen Requisiten, aus besonderen Rücksichten die Klagberechtigung wegfällt [1]). Hinsichtlich der directa actio, die dem Herrn ohne Weiteres durch die Handlungen des Geschäftsführers erworben wird, tritt dieß nur ein, wenn durch ein besonderes Pactum der Partheien auf die gegenseitigen Ansprüche verzichtet worden [2]), der vorhergegangenen Gestio also insofern ihre Bedeutung genommen ist, als sie eine Verbindlichkeit unter den beiden Interessenten nunmehr gar nicht begründet; für die contraria sind es außerdem verschiedene, theils in dem Willen des Gestor, theils in gesetzlicher Bestimmung liegende Gründe, welche dieselbe ausschließen.

1. Ist durch die Geschäftsführung nur eine Pietätspflicht erfüllt worden, oder handelte der Gestor nachweislich oder präsumtiv in liberaler Absicht, so ist er Ersatz und Schadloshaltung zu fordern nicht berechtigt [3]). Diese beiden an sich verschiedenen Fälle müssen wir zusammenstellen, weil die Präsumtion einer Liberalität besonders bei der Erfüllung einer Pietätspflicht Geltung erhält. Wir finden in unsern Quellen eine ganze Reihe von Stellen, in denen ausgesprochen wird, daß wegen einer Besorgung fremder Angelegenheiten die durch die Gefühle der zwischen Verwandten schuldigen Liebe oder das hinsichtlich der Wirkungen gleichgestellte obsequium liberti, sowie endlich durch eine väterliche Freundschaft veranlaßt wurde, kein Anspruch auf

1) Von den in der Person der Contrahenten liegenden Gründen, aus welchen bei einer an sich klagbaren Negotiorum Gestio die actio neg. gest. wegfällt, wird im dritten Abschnitt die Rede sein.

2) l. 10. pr. Dig. h. t. — nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

3) Auch in diesen Fällen ist eine Negotiorum Gestio vorhanden, da auch hier mit dem animus neg. aliena gerendi gehandelt wird, nur ist sie wegen des Mangels an dem animus erogata recuperandi nicht klagbar.

Vergütung erhoben werden kann [1]). Wenn wir nun dieß als stehenden Grundsatz festhalten dürften, so wäre hiermit die Untersuchung zu Ende, jene gesetzliche Bestimmung erleidet aber so bedeutende Modificationen, die Absicht des Gestor erogata recuperandi kommt neben ihr so entschieden in Betracht, daß sie zufolge einer Vergleichung der einschlagenden Fragmente anstatt eine durchgreifende Regel zu geben, sich nur auf die Präsumtion zu gründen scheint, daß der Erfüllung einer Pietätspflicht eine liberale Absicht zu Grunde liege, mit dieser aber ihre Wirkungen verliert, sobald über den Willen des Geschäftsführers, den Herrn verbindlich zu machen kein Zweifel sein kann. So wird in const. 1. Cod. h. t. von den pro affectione domestica gemachten Auslagen gesagt, daß sie auf keine Weise wiedergefordert werden könnten, und dasselbe wird hinsichtlich der von der Mutter den Kindern gereichten Alimente bestimmt, die nämliche Stelle hingegen giebt der Mutter wegen sonstiger Verwendungen für die Kinder das Rückforderungsrecht, wenn sie nachweisen kann, daß sie nicht materna liberalitate, sondern recipiendi animo gehandelt hat, und nach der const. 13. Cod. eod. soll der Mann die Kosten des Leichenbegängnisses der Frau von dem Schwiegervater ersetzt verlangen dürfen, wenn er sie quasi recepturus aufgewendet hat. In der l. 34. Dig. h. t. endlich sagt Paulus: die Erben der Großmutter, welche von dem Erben des Enkels mit der neg. gest. actio belangt würden, seien mit ihren Gegenansprüchen wegen der von ihrer Erblasserin dem Enkel gereichten Alimente wohl zu hören, und zwar gründet der Jurist diese Entscheidung auf die durch die faktischen Verhältnisse sich ergebende Wahrscheinlichkeit, daß die Großmutter den Enkel aus dessen eigenem Vermögen habe erhalten wollen. Es wird also hier jene Regel, daß das aus Rücksichten der Pietät Aufgewendete nicht zurückverlangt werden könne, wegen der entgegenstehenden Präsumtion nicht angewendet, und abgesehen davon, ob eine weitere Willenserklärung vorhanden ist oder nicht, die actio contraria zugelassen.

Bei dieser Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen, die zu der doppelten Frage führt, in welchem Maaß der klar ausgesprochne Wille des Gestor die gemachten Impensen wiederzufordern der gleich-

---

1) l. 27. §. 1. l. 34. Dig h. t. const. l. 11. 12. 13. Cod. h. t. Vergl. Joh. Philippus Pulian. Diss. inaugural exhibens analysin in l. Nesennius 34. Dig. h. t. Argentor 1585 und T. J. Reinhardt, Diss. de eo quod circa neg. gestionem justum est. Erfurt. 1706. Th. XXIX — XXXI. Donell, Comm. de jur. civ. lib. XV. cap. 16. §. 10. (Edid. Bucher vol. IX. pag. 148.)

sam auferlegten Liberalität Einhalt thut? und zweitens, welche Präsumtion bei nicht klar ausgesprochner Absicht die leitende ist? bedürfen wir nothwendig eines allgemeinen Prinzips, das uns die Entscheidung für jeden einzelnen Fall an die Hand giebt. Als solches kann zunächst der Grundsatz aufgestellt werden, daß bei der Erfüllung einer Pietätspflicht, die eben weil sie vorgeschrieben ist ihren Charakter als solche verliert und als Verbindlichkeit erscheint, eine Klage wegen der dadurch entstandenen Unkosten unter keiner Bedingung zulässig erscheint [1]), hingegen, wenn ein Zwang nicht vorhanden war, die Absicht des Gestor entscheidend ist; bei Handlungen, welche die Pietät gebot, wird Liberalität präsumirt, der entgegenstehende animus recuperandi vernichtet aber unbedingt diese Annahme. Hieraus ergiebt sich, wann in dem vielfach in den Quellen besprochnen Fall der Alimentation das Rückforderungsrecht zusteht. Alle Diejenigen, welche gesetzlich zu ihr verbunden sind, werden, gleichviel ob sie animo donandi handelten oder nicht, da sie nur eine vorgeschriebene Pflicht erfüllen unter keiner Bedingung mit der contraria actio gehört, dieß ist in unsern Codexstellen der Mutter gegenüber anerkannt [2]), gilt aber ebenso für alle andere Verwandte, die zu alimentiren schuldig sind, also auch für den Ehemann, wodurch sich die in const. 13. gegebene Bestimmung erklärt, daß die wegen Krankheit der Frau gemachten Verwendungen nicht wieder verlangt werden dürfen, da diese mit zu den Alimenten gerechnet werden [3]). Gerechtfertigt wird außerdem unser Prinzip durch die const. 1. Cod. h. t., wo es heißt: Quum tutores filiorum tuorum suspectos faceres, eisdemque tutores seu curatores peteres, munere pietatis fungebaris. Quae causa non admittit negotiorum gestorum actionem — die Erbittung von Vormündern und die Anklage der suspecti tutores ist der Mutter bei Verlust ihres Erbrechts anbefohlen, sie kann daher die ihr daraus erwachsenen Unkosten nicht mit der neg. gest. actio beitreiben.

In allen andern Fällen gewinnt der animus erogata recuperandi beim Gestor entschiedene Bedeutung. Wurde er durch einen förmlichen Protest gegen die mögliche Annahme einer Liberalität ausgesprochen, oder anderweitig durch eine concludente Handlung, wie zum

---

1) l. 27. §. 1. Dig. h. t. const. 1. Cod. eod.

2) Die Alimentationsverbindlichkeit der Mutter ist anerkannt in l. 5. §. 4. Dig. de agn. et alen. lib. (XXV. 3.) Ergo et matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere.

3) l. 22. §. 8. Dig. Solut. matrim. (XXIV. 3.) — et alimenta praestare et medicina ei succurrere.

Beispiel die Eintragung der gemachten Verwendungen in die Rechnungsbücher erklärt [1]), so ist über die Zulässigkeit der Klage kein Zweifel, erscheint es aber als ungewiß ob der Geschäftsführer seine Auslagen wiederfordern wollte, so bleibt in der Regel, da er den Anforderungen der Pietät Genüge leistete, die Präsumtion, daß er in liberaler Absicht gehandelt hat [2]); doch sind hier zwei Ausnahmen zu erwähnen. Wenn nämlich der Dominus aus eigenen Mitteln zu thun im Stande war, was der Gestor für ihn gethan hat, oder die Sorge dafür einem Andern Vermögenden zufolge gesetzlicher Vorschrift oblag, die Dienstleistung aber geschieht, weil Jener augenblicklicher Hülfe bedarf, und diese sich nicht selbst schaffen kann, so läßt sich nicht annehmen, daß der aus Pietät Handelnde den animus donandi hatte. Eben wegen seiner moralischen Verpflichtung muß man ihm die Klage geben, denn außerdem würde man ihn zwingen, entweder gegen diese zu verstoßen, oder ein Geschenk zu machen. Ebenso wenig läßt sich Liberalität vermuthen bei einer durch Liebespflicht gebotenen Handlung, sofern Derjenige, welcher sie vornimmt, in anderweitigen Angelegenheiten als Gestor schon thätig war.

Es lassen sich diese beiden Ausnahmen aus der l. 34. cit. entnehmen, wo der Mutter die ihren Sohn auf der Reise alimentirt während der Vater gestorben ist, das Recht zugestanden wird, aus dessen Vermögen Ersatz zu verlangen, und in welchem Fragment zugleich Paulus den Erben der Großmutter, die mit der neg. gest. actio directa belangt werden, gestattet, da sie als Geschäftsführer verklagt sind, nunmehr auch als solche ihre Ansprüche mit der actio contraria geltend zu machen.

Wurde endlich wirklich in liberaler Absicht gehandelt, so ist offenbar die Klage unmöglich [3]). Vermuthet wird dieser animus donandi, wenn der Beweggrund des Handelns beim Gestor eine väterliche Freundschaft für den Dominus war [4]), er selber sich also gleichsam mit den zur Pietät Verpflichteten auf eine Stufe stellte.

II. Sind Geschäfte gegen das ausdrückliche Verbot des Herrn besorgt worden, so ist die contraria actio hinsichtlich derselben niemals zulässig. Unter den Römischen Juristen herrschte hierüber Streit,

---

1) l. 34. Dig. h. t. — si etiam protestata est — si etiam in ratione impensarum ea retulisse aviam apparebit.

2) l. 5. §. 14. Dig. de agn. et alend. lib. (XXV. 3.) const. 11. const. 15. Cod. h. t.

3) const. 15. Cod. h. t.

4) l. 44. Dig. h. t.

Viele derselben, wie z. B. Salvius Julianus verweigerten wegen der gemachten Auslagen in diesem Fall die Klage, Andere ließen sie utiliter zu [1]), bis Justinian dieser Meinungsverschiedenheit durch die const. ult. Cod. h. t. ein Ende machte, indem er dem Gestor die Klagberechtigung vollständig abspricht. Ohne Zweifel ist diese Bestimmung Justinians ganz im Einklang mit den Motiven, welchen im Allgemeinen die Negotiorum Gestio ihre rechtliche Existenz verdankt. Die Gründung einer gegenseitigen Obligation ex negotio gesto sollte die Besorgung der Angelegenheiten Abwesender vermitteln, um diese vor Nachtheilen zu bewahren. Mit dieser augenscheinlichen Beförderung des Interesses der Herrn konnte es nicht übereinstimmen, wenn diese gegen ihren ausgesprochnen Willen verbindlich gemacht werden sollten. Es gilt also hier der Grundsatz: culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti [2]), und gleichviel ob die Verwaltung gut oder schlecht, utiliter oder inutiliter geführt worden ist, jedesmal liegt in dem Verbote des Herrn die Weigerung auf eine Verbindlichkeit ex negotio gesto einzugehen. Sehr vorsichtig trifft übrigens Justinian, um den Gestor vor einer dolosen Handlungsweise des Dominus zu schützen, weitere Anordnungen. Es lag nämlich der Fall nicht außer dem Bereiche der Möglichkeit, daß ein Geschäftsherr der Besorgung seiner Angelegenheiten im Anfang ruhig zusah, und zu seinen Gunsten Verwendungen machen ließ, nachher aber die weitere Gestio verbot, um nicht nöthig zu haben, die schon vorher gemachten Impensen zu vergüten. Diesem zu begegnen bestimmte Justinian, daß der Dominus sein Verbot vor Zeugen abgeben solle [3]) und der Gestor nur wegen der nach geschehener Insinuation desselben gemachten Auslagen nicht klagberechtigt sei, während ihm wegen der früheren unbedingt das Forderungsrecht zusteht.

---

1) l. 8. §. 3. Dig. h. t. l. 40. Dig. Mandat. (XVII. 1.)
2) l. 36. Dig. de div. reg. jur. (L. 17.)
3) Vergl. Marezoll im Archiv für civilist. Praxis Bd. VIII. S. 265. Not. 3.

Zweiter Abschnitt.

Von den gegenseitigen Verbindlichkeiten aus der negotiorum gestio.

§. 9. Von der Verpflichtung des neg. gestor zur Geschäftsthätigkeit im Allgemeinen.

Die Verpflichtungen des Gestor dem Dominus gegenüber sind dreifacher Art. Er ist demselben nach einmal übernommener Verwaltung in Bezug auf diese eine gewisse Thätigkeit schuldig [1]), hat ferner bei Besorgung der fremden Angelegenheiten den gehörigen Fleiß anzuwenden [2]), und muß endlich Alles restituiren, was er aus der Geschäftsführung in Händen hat [3]).

Die nächste Verbindlichkeit, welche dem Gestor zufolge seiner erstgenannten Pflicht aus der Uebernahme der Negotiorum Gestio erwächst, ist die: einmal angefangne Geschäfte vollständig zu beendigen, und zwar ist er gehalten selbst neue negotia zu führen, sofern diese mit den früheren unzertrennlich zusammenhängen. Es ist diese Anforderung eine nothwendige Consequenz des Grundsatzes, daß die utilitas des Herrn gefördert werden soll, und ergiebt sich wie aus mehreren andern Stellen, so ganz entschieden aus der **l. 21. §. 2.**, wo es heißt, daß nicht einmal der Tod des Herrn einen Grund abgeben dürfe begonnene Geschäfte liegen zu lassen [4]), und ebenso aus **l. 19. §. 4.**, wo es dem Gestor als Nachlässigkeit angerechnet wird, wenn er das eingenommne fremde Capital nicht auf Zinsen gelegt hat [5]). Was aber nun die weitre Frage betrifft, zu welcher Thätigkeit hinsichtlich der übrigen noch nicht angefangnen Geschäfte der Gestor verpflichtet ist, so haben wir für die hierüber geltende Lehre des Römischen Rechts

---

1) Außer den weiter unten angeführten: **l. 6. §. 12. Dig. h. t.** und **const. 20. Cod. eod.** sind zu vergleichen: **l. 31. §. 2. l. 38. Dig. h. t. l. 17. §. 3. Dig. Commod. (XIII. 6.)**

2) **§. 1. i. f. Inst. de obligat. qu. ex contr. (III. 27.) l. 11. l. 21. §. 3. l. 22. Dig. h. t. const. 22. Cod. eod.**

3) **l. 2. l. 8. §. 1. l. 23. Dig. h. t.** Ueber die gesammte Verbindlichkeit des Gestor spricht **l. 2. Dig. h. t.: — et eo nomine condemnari, quicquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet. —**

4) Vergl. Kritz a. a. O. §. 5. zu 10. a. S. 373.

5) Eine Folge dieser Verpflichtung, einmal angefangne Geschäfte zu Ende zu führen, ist, daß selbst die Erben des Gestor gehalten sind, die Geschäftsführung fortzusetzen, sofern diese nur in der Beendigung schon begonnener Angelegenheiten besteht.

insbesondre zwei bedeutungsvolle Quellenstellen, die ihrer entscheidenden Wichtigkeit halber wenigstens theilweise hier folgen müssen:

L. 6. §. 12. Dig. h. t. Julianus: Videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, etsi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat, negotiorum gestorum actione eum teneri et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius.

Const. 20. Cod. eod. Impp. Diocletianus et Maximianus: Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur [1]).

Die Vereinigung dieser beiden Stellen, die auf den ersten Anblick einander zu widersprechen scheinen, ergiebt sich ohne gewaltsame Interpretation, wenn wir den jeder Geschäftsführung präsumtiv zu Grunde liegenden Beweggrund, und die hieraus hervorgehende Stellung des Gestor in Betracht ziehen. Die Besorgung fremder Angelegenheiten ohne vorhergehenden bindenden Auftrag ist, wie ihre Uebernahme einerseits im freien Arbitrium liegt, andrerseits das Ergebniß einer freundschaftlichen Gesinnung gegen den Geschäftsherrn, dem dadurch ein Dienst geleistet werden soll. In diesem Sinn spricht sich die const. 20 aus. Aus der ihr zu Grunde liegenden Idee, daß die Negotiorum Gestio als Freundschaftsdienst anzusehen ist, der Herr demnach nicht berechtigt sein kann, eine Fortsetzung der uneigennützigen Thätigkeit des Gestor zu verlangen, folgt der Grundsatz, daß dieser seinem Thun beliebig Gränzen setzen darf, und eben hierdurch zeigt sich der Unterschied zwischen ihm und einem Vormund oder Curator, für welche die Verpflichtung zur gesammten Verwaltung in dem ihnen zugetheilten munus liegt [2]). Allein diese Freiheit des Geschäftsführers findet ihre natürliche Beschränkung wieder in dem Prinzip, daß utiliter für den Herrn gehandelt werden muß, wo er also durch ein willkührliches Zurücktreten diese beeinträchtigen würde, da stellt sich für ihn die Nothwendigkeit heraus, jener bis zu einem gewissen Grade zu entsagen. Von diesem Fall spricht Julian in der l. 6. cit. Er wirft die Frage auf, ob der Gestor der einige Angelegenheiten besorgt hat, andre nicht, auch wegen dieser nicht geführten gehalten sei: wenn

1) Kritz a. a. O. S. 377.

2) In dieser Art erklärt auch Hasse: Die Culpa des Römischen Rechts S. 269 und 270 die angeführte Constitution.

sich durch seine Einmischung ein Andrer hat abhalten lassen, die Leitung der nunmehr liegen gebliebenen Geschäfte zu übernehmen [1]), und entscheidet sich für die Haftungspflicht. Nach dieser Auffassung scheint der Ausspruch Julians der Codexstelle durchaus nicht zu widersprechen und einer besondern Erklärung deßhalb zu bedürfen, vielmehr ergänzt er dieselbe im Geiste des Römischen Rechts für den Fall, wo die Unbeschränktheit des Gestor mit der in der ganzen Lehre als stetigen Bedingung aufgestellten utilitas des Dominus zusammenstößt und eine theilweise Unterordnung der einen unter die andre erfolgen muß. Derselbe Grund, der den Gestor wegen nicht gehörig beendeter Geschäfte verantwortlich macht, verpflichtet ihn auch hier; denn es ist nicht anzunehmen, daß jener äußre Umstand an sich schon ihn verbindlich macht, vielmehr thut dieß seine eigne Handlungsweise, insofern diese denselben hervorrief [2]). Demzufolge muß aber hier unter den Gestoren ein Unterschied gemacht werden. Der gestor omnium rerum, das heißt Der, dessen anfängliche Absicht es war, die Geschäfte sämmtlich und in ihrem ganzen Umfang zu geriren, handelt, wenn er nachmals dieß unterläßt, schon negligent, indem er nicht ausführte, was ein Andrer seinem übrigen Verhalten zufolge von ihm erwartete, und erwarten konnte, weil es mit seinem bisherigen Thun zusammenhing [3]).

---

1) A. M. ist: **Schlichtecrull, Dissert. inaugural. de neg. gest. Franco-furt. ad Oder. 1670.** Er findet in den Worten: **contemplatione — fuit** einen Zwischensatz, welcher die folgende Entscheidung des Juristen rechtfertigen soll. Nach ihm ist also anzunehmen, Julian sage: Der Gestor haftet auch wegen der **non gesta**, weil möglicherweise durch ihn ein Andrer sich von der Gestio hat abhalten lassen. Diese Auslegung ruft einen wirklichen Widerspruch mit der **const. 20. cit.** hervor. Ebenso versteht Glück, Comm. Bd. V. S. 363 die ähnliche Stelle: **§. 1. Inst. de obligat. qu. ex contr. (III. 27.)** anders. Er glaubt in dieser sei gesagt: erst alsdann habe der Gestor seiner Pflicht Genüge geleistet, wenn er das fremde Geschäft mit einer solchen Sorgfalt gerirt habe, daß kein Andrer es mit größerm Fleiß besorgt haben würde. Es soll also nicht nothwendig sein, daß sich wirklich ein fleißigerer Mann hat abhalten lassen. Dieser Annahme widerstreitet die **l. 6.**; denn in dieser spricht Julian von einer besondern Art des Fleißes, nämlich der, die sich durch Besorgung aller Geschäfte zeigt. Sollen wir nun auch hier jenes von Glück aufgestellte Prinzip festhalten, so würde der Gestor stets alle Geschäfte führen müssen, und dieß läßt die **const. 20.** eben nicht zu.

2) **Donell, l. l. cap. 15. §. 3. Merito; sic enim apparet, per eum factum esse, quominus omnia recte gererentur.**

3) Sehr richtig sagt daher Mühlenbruch, Pandekt. R. Bd. II. §. 435: Wegen bloßer Negligenz oder unterlaßner Handlungen haftet der Gestor nur soweit dieselben mit einem voraufgegangnen Thun zusammenhängen, also das Angefangne nicht gehörig ausgeführt ist.

Sofern diese Negligenz keine Folgen hat, kann er wegen ihr nicht in Anspruch genommen werden [1]), da der Herr zufrieden sein muß: si ei vel in paucis amici labore consulatur; ergiebt sich aber aus ihr ein Nachtheil, und dieß ist der Fall, wenn ein Andrer sich von der Geschäftsführung hat abhalten lassen, so muß der Gestor denselben tragen, gleichviel ob er um jenen Umstand gewußt hat oder nicht [2]). Anders beim gestor unius rei. Seine Absicht geht auf Führung eines einzigen Geschäfts, eine Negligenz kann er sich daher nur zu Schulden kommen lassen, insofern er dieses nicht gehörig zu Ende führt, in Betreff der übrigen ist sie unmöglich, und wenn ein Dritter diese aus Rücksicht für ihn nicht besorgt hat, so kann er wegen der gänzlich unbegründeten Annahme desselben nicht haften. Hätte er die Leitung der anderweitigen negotia noch auf sich nehmen wollen, so würde es dazu eines neuen Entschlusses bedurft haben, und es wäre ein neuer Contract entstanden [3]); hierzu kann ihn aber unmöglich das Thun oder Lassen eines Dritten ohne Weiteres verpflichten. Ganz erweislich spricht auch Julian nicht von ihm [4]).

§. 10. Die Verpflichtung des neg. gestor für den Herrn Schulden einzufordern.

Worin im einzelnen Fall die Thätigkeit des Gestor bestehen, welche Geschäfte sie begreifen muß, ist natürlich nach den Bedürfnissen und Umständen des Herrn verschieden, doch heben unsre Quellen unter andern eine Art derselben: die Eintreibungen der Forderungen besonders hervor, theils wohl weil es zweifelhaft sein konnte, wie weit hier die Verpflichtung des Geschäftsführers neben andern beschränkenden Bestimmungen geht, vorzüglich aber um festzusetzen, was er zu leisten hat, wenn er selber als Schuldner des Dominus erscheint.

In der That ist dem neg. gestor das wirksamste Mittel ausstehende Forderungen einzuziehen: die gerichtliche Verfolgung im Namen des Berechtigten genommen. Das ältre Römische Recht, nach welchem der Mangel an Vollmacht absolute Nullität des Prozesses darum nicht erzeugen konnte, weil durch die Litiscontestation der Rechtsstreit auf die Person des Repräsentanten übertragen wurde, ließ zwar

---

1) Dieß müssen consequent Diejenigen annehmen, welche behaupten, daß jeder Negotiorum Gestio ein nicht ausgesprochnes Mandat zu Grunde liege. Hier hätte ja der Gestor dieses Mandat nicht ausgeführt.

2) A. M. ist Kritz a. a. O. 10) f. S. 352.

3) l. 16. Dig. h. t.

4) l. 6. §. 12. cit.: Videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non.

häufiger einen Gestor nach geleisteter cautio de rato [1]) als Vertreter zu [2]); allein später erhielt die Ansicht die Oberhand für den Kläger dieß nur ausnahmsweise zu gestatten [3]). Insbesondre erlaubte man solchen Personen ohne Bevollmächtigung zu klagen, von denen anzunehmen war, daß ein durch Verwandtschaft, oder anderweitig herbeigeführtes persönliches Verhältniß zwischen ihnen und dem Dominus eine Garantie für ihre Handlungen abgebe, nämlich dem Ehemann, den Kindern, Aeltern, Brüdern, Verschwägerten und Freigelaßnen, welche unter dem Namen: conjunctae personae begriffen, und die, wie einerseits zum Klagen berechtigt, so andrerseits zur Vertheidigung verpflichtet waren [4]); unter Umständen mochte aber wohl der Prätor noch Andern außerordentlicher Weise die Erlaubniß dazu ertheilen. Wenigstens finden wir in unserm Digestentitel eine Stelle, die vielleicht geeignet ist, uns dieser Ansicht geneigt zu machen. In der l. 19. spricht Paulus von den Pflichten des Gestor und sagt im §. 3: Wenn Du in meiner Abwesenheit meine Geschäfte besorgst, und eine Sache, die mir gehört, ohne den Eigenthümer zu kennen gekauft und usucapirt hast, so kann ich die Restitution derselben mit der neg. gest. actio nicht verlangen. Sed, fährt der Jurist fort, si antequam usucapias, cognoscas, rem meam esse, subjicere debes aliquem, qui a te petat meo nomine, et mihi rem et tibi stipulationem evictionis committat. Es soll in diesem Fall also der Gestor einen Dritten aufstellen, der die Sache im Namen des Herrn zurückfordert, und Diesem somit sein Eigenthum, Jenem den Evictionsanspruch an seinen Autor rettet. Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß hier das: petere von einem gerichtlichen Fordern verstanden werden muß, denn wenn der erste Gestor auf eine außergerichtliche Mahnung des von ihm selbst dazu Beauftragten die Sache herausgiebt, und so durch Aufgeben des Besitzes die Usucapion unterbricht, so ist sein Auctor

---

1) Nach der allgemeinen Regel: Nemo in aliena re idoneus est defensor sine satisdatione.

2) Gaji, Comm. IV. §. 84.: — Quin etiam sunt qui putant, adeo eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium.

3) l. 6. §. 12. l. 8. pr. l. 39. Dig. h. t. Für den Beklagten wurden stets defensores zugelassen, da man von dem Grundsatz ausging: Publice utile est, absentes a quibuscunque defendi. l. 33. §. 2. Dig. de procurat. (III. 3.) Puchta, Institutionen §. 156. Bd. II. S. 153.

4) Die neuste Schrift hierüber ist wohl: C. G. L. Behmer, De mandato praesumto. Giessen. 1846.

ihm gegenüber von jeder Haftungsverbindlichkeit frei [1]). Ist aber hier ein gerichtliches Abstreiten gemeint, so erscheint auch die Frage gerechtfertigt, wie jener Dritte, der als Mandatar des Gestor, selbst wieder als Gestor des Dominus auftritt, für diesen klagen kann? Sein eigner Constituent muß als Gegner, um sich die Evictionsansprüche zu bewahren, da es ihm Pflicht ist, alle zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel anzuwenden [2]), von ihm den Beweis der von dem Herrn erhaltnen Bevollmächtigung fordern, dasselbe wird auch der Auctor dem Jener litem zu denunziren schuldig ist, thun. Es bleibt uns hier nur die Annahme übrig, daß der angegebne Beweis von ihm nicht gefordert wurde, der eigentliche Gestor also eine conjuncta persona zur Klagerhebung zu veranlassen hatte. Wie aber, wenn eine solche nicht vorhanden, oder das Geschäft zu übernehmen nicht geneigt war? Ob in diesem Fall nicht vielleicht Jener selbst einen Fremden für den Dominus zu klagen auffordern mußte, und causa cognita ausnahmsweise, um den Letzteren vor Verlust seines Eigenthums zu bewahren, dieser auch ohne Mandat als Kläger zugelassen wurde, erscheint besonders deßhalb nicht ganz unwahrscheinlich, weil es sich nachweisen läßt, daß eben hier die Zulässigkeit eines unbeauftragten Klägers minder bedenklich war. Bethmann-Hollweg in seiner vortrefflichen Abhandlung über Repräsentation im Prozeß [3]) sagt, das eigne Interesse des Dominus habe es verlangt, daß seinem neg. gestor als solchem keine Klage gegeben werde; denn wenn er auch die nachtheilige Geschäftsführung nicht habe anzuerkennen brauchen, so habe ihm dann doch der Regreß wegen der cautio de rato gedroht, dem er sich nur durch den Beweis der fehlenden utilitas habe entziehen können. — Setzen wir den Fall: Es ist Jemand abwesend, und ein Andrer stellt für ihn eine Klage an. Das Urtheil ist absolutorisch. Jetzt kehrt Jener zurück, und klagt selbst zum zweitenmale, der Beklagte hält sich nun an die ihm von dem Gestor geleistete Caution, und dieser nimmt seinen Regreß an den Herrn. Er fordert von diesem Genehmigung der Geschäftsführung und völlige Schad-

1) l. 56. §. 3. Dig. de evict. (XXI. 2.) In diesem Fall wird die Sache gar nicht evincirt, d. h. gerichtlich abgestritten. l. 16. Dig. de rei vind. (VI. 1.) Utique autem — necessaria est sententia.

2) l. 55. pr. Dig. de evict. (XXI. 2.) const. 8. Cod. de sentent. et interl. (VII. 45.) Ebendeßhalb kann man die l. 19. §. 3. nicht dahin erklären, daß der Gestor sich den Gegner ohne Mandat gefallen lassen müsse, was ein Andrer nicht brauche. Es sollen ihm ja die Evictionsansprüche gerettet werden, und diese verliert er bei nicht gehörig geführter Vertheidigung.

3) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Abhdlg. III.

loshaltung, welche letztre nicht bloß Ersatz seiner schon gemachten Auslagen, sondern auch die Befreiung von dem Anspruch wegen der cautio de rato begreift [1]). Diesem Anspruch ist nun zwar der Dominus auch in vielen andern Fällen, wo es sich nicht um eine Klaganstellung handelt, ausgesetzt, und er kann sich von ihm mit demselben Beweis befreien, wie von jeder andern neg. gest. actio contraria, doch äußert sich der Regreß wegen der Caution für ihn härter, da, wenn auch wirklich die Geschäftsführung nicht in seinem Interesse lag, es ihm häufig schwer werden kann, dieß nachzuweisen. Hier tritt dann der Fall ein, daß die für ihn geführte Gestio ihm zur Last wird, und eben deßhalb mögen im Allgemeinen sich die Römischen Juristen consequent dem Prinzip, daß jene zum Vortheil und als Begünstigung der Abwesenden erscheinen solle, nicht zu ihrer Belästigung, gegen die Zulassung des Gestor als Kläger erklärt haben [2]). Untersuchen wir nun aber den Fall der l. 19. Hier hat der Herr nicht leicht den Regreß zu fürchten; denn erstens wird es regelmäßig in seinem Interesse liegen, daß ihm sein Eigenthum erhalten worden ist, und er wird schon deßhalb ratihabiren; außerdem kann er auch später gar nicht klagen, da ihm die nachmals vollendete Usucapion sein Klagerecht nimmt. Angenommen aber auch, der abwesende Dominus kehrt, bevor jene beendigt ist, zurück, erfährt, daß ein Dritter das Recht für ihn zu klagen erhalten, und demgemäß sein Eigenthum vindicirt hat; glaubt aber, daß dieß nicht in seinem Interesse liegt, und erklärt, diese Vertretung nicht ratihabiren zu wollen. Wenn er dieß thut, so ist anzunehmen, daß er sein Recht an der fraglichen Sache aufgeben will, denn selbst kann er dieselbe von dem Usucapienten nicht mehr fordern, da dieser sie herausgegeben hat, der jetzige Besitzer aber eben nur für ihn besitzt. Nunmehr steht also der Fall so: der Mandatar des ursprünglichen Gestor, selbst Gestor des Dominus, hat die Sache in Händen, ist bereit dieselbe auszuliefern, und hält sich zunächst mit der Mandatsklage an seinen Constituenten. Dieser fordert von dem Dominus die Ratihabition, und hiervon könnte sich der Dominus losmachen durch den Beweis, daß nicht utiliter für ihn gehandelt sei, wenn nicht eben dem Gestor seine Handlungsweise vorgeschrieben wäre, dieser also wenn er die ihm gemachte Vorschrift befolgte, auch utiliter gehandelt hat. Der Herr ist hier zur

1) l. 28. Dig h. t. Der Gestor kann ersetzt verlangen: quod ei abest ex negotio gesto. Videtur autem id ei abesse, in quo obligatus est.

2) Nicht minder ungünstig kann sich das Verhältniß für den Herrn bei einem condemnatorischen Urtheil gestalten.

Genehmhaltung gezwungen. Man könnte nun einwenden, daß eben dieser Umstand wieder den Herrn belästige, und deßhalb ein Gestor als Kläger für ihn auch in diesem Fall nicht zulässig sei; allein ein solcher Zwang findet gegen ihn jedesmal, wenn sein Geschäftsführer im Begriff stand, seine Sache zu usucapiren, und nach Angabe der **l. 19.** handelte, Statt; er ist keine Folge der einem Dritten gegebnen Erlaubniß, ohne Mandat für den Dominus zu klagen. Der Grund, der im Allgemeinen gegen die Zulässigkeit der Gestoren als Kläger sprach, nämlich die Gefährdung des eignen Interesses des Herrn, fällt also in dem angeführten Fall ganz hinweg.

Speziell hervorzuheben ist an dieser Stelle auch die Verpflichtung des unbeauftragten Geschäftsführers für den Dominus das Rechtsmittel der Appellation zu ergreifen [1]). Wie bemerkt waren die Defensoren, welche zu dem Vertheidigten durchaus in dem Verhältniß von **neg. gestores** standen, und als solche belangt wurden, bei den Römischen Gerichten nicht blos unbedingt zugelassen, sondern traten auch wirklich häufig genug auf. Wenn nun gegen den Abwesenden, dessen Sache sie führten, ein condemnatorisches Urtheil erlassen wurde, so konnte die Frage entstehen, ob der Defensor als Gestor seinem Dominus gegenüber gehalten sei, gegen dieses Urtheil den Rechtsstreit an eine höhere Instanz zu bringen, oder ob es ihm nicht angerechnet werden dürfe, wenn er sich bei der ersten Entscheidung beruhige. Papinian behandelt diese Frage in **l. 31. Dig. h. t.**, und sagt, wenn in dem Fall einer **lis deserta** ein Freund des Beklagten, der den Rechtsstreit liegen ließ, diesen fortführt, indem er dessen Abwesenheit bei dem Richter entschuldigt, so kann es ihm nicht angerechnet werden, wenn er im Verurtheilungsfall nicht appellirt hat. Hingegen bemerkt Ulpian: dieß sei wahr, weil der Abwesende der den Streit nicht fortgeführt habe, condemnirt worden sei, wenn aber ein Freund, der einen Abwesenden vertheidige nicht appellire, wo er habe appelliren können, so sei er deßhalb wohl gehalten. Diese Worte Ulpians geben uns die Regel, denn in der That konnte in dem ersten der angegebenen Fälle, der Defensor gar nicht appelliren, weil er selbst nicht den Prozeß geführt hatte. Seine Thätigkeit beschränkte sich darauf, den Abwesenden beim Richter zu entschuldigen, ihm war es, nachdem der Herr **litem** contestirt hatte, gar nicht gestattet ein Rechtsmittel einzulegen; denn wenn es auch in **l. 1. pr. Dig. de appell. recip. vel non (XLIX. 5.)** heißt: **non solent audiri appel-**

---

1) Kritz a. a. O. S. 376.

lantes nisi hi — qui negotium alienum gerunt, so ist dieß doch nur von denjenigen Gestoren zu verstehen, die von Anfang des Prozesses an den Abwesenden vertheidigt haben, wie sich deutlich aus den Worten der l. 2. §. 1. Dig. Quando appell. (XLIX. 4.) — in aliena causa, ei, qui in judicio expertus non est, appellare non licet — zeigt.

Die Verpflichtung des Gestor als Vertreter im Prozeß ging also, wie sie einerseits die Anwendung aller Vertheidigungsmaaßregeln bis zum Urtheil begriff, andrerseits nach diesem auch auf die Ergreifung aller zuständigen Rechtsmittel.

Aus dieser ganzen Ausführung ergiebt sich als Resultat, daß die Thätigkeit des unbeauftragten Geschäftsführers hinsichtlich der Eintreibung ausstehender Forderungen eine sehr beschränkte war. Er ist verbindlich die Schuldner zur Zahlung aufzufordern, und sofern ihm das Recht für den Dominus zu klagen zusteht, ist er auch hierzu verpflichtet: si modo facile ei fuit satisdare, wie Ulpian in der l. 8. Dig. h. t. sagt, das heißt, wenn er ohne Beeinträchtigung seiner eignen Geschäfte die Caution zu leisten im Stande war [1]). Es entschuldigt ihn also hier nicht bloß vollständige Armuth analog der in l. 8. §. 8. Dig. Mandat. (XVII. 1.) gegebnen Bestimmung der zufolge Bürgen, die, eine größere Summe, als die Schuld beträgt, zu zahlen verurtheilt, nur dann von der Pflicht, dagegen zu appelliren, befreit sind, wenn sie sich ganz ohne Mittel befinden, vielmehr kann der Dominus von seinem Gestor nicht fordern, daß dieser sein eignes Geld für ihn verwendet, und sich hierdurch selbst möglicherweise in Verlegenheit und Nachtheil bringt. Hatte der Gestor aber aus der

---

1) Anders erklärt Kritz a. a. O. S. 386 die l. 8. cit. Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur, posse ei imputari, cur oblata de rato cautione eum non convenerit, si modo facile ei fuit satisdare. Certe in sua persona indubitatum est, et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est, nihilo minus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Kritz nimmt an: Ulpian finde den Gestor nicht verantwortlich, wenn er Schulden, die er hätte einklagen können, nicht eingezogen habe, der Jurist beschränke vielmehr die Verbindlichkeit, die Schulden einzuziehen, auf des Gestor eigne Schulden: certe in sua persona et q. s. Diese Worte, welche eine unzweifelhafte Bestimmung im Gegensatz zu dem Vorhergehenden minder Gewissen allerdings aussprechen, haben aber wohl weniger den Sinn, daß Ulpian die Verpflichtung des Gestor im ersten Fall bezweifelt habe, dagegen im zweiten entschieden annähme, als vielmehr, daß der Jurist meint, bei seiner, des Gestor, Person sei die Verpflichtung unbestritten, wohingegen dem Dritten gegenüber es immer fraglich bleibe, ob er klagen könne.

Administration ein disponibles Capital in Händen, so war er allemal dieses zur Stellung der Caution zu verwenden schuldig.

§. 11. Die Verpflichtung des neg. gestor als Schuldner des dominus.

Wenn wir auf die Erörterung des Falles übergehen, daß der Geschäftsführer selbst Schuldner des Herrn ist, so müssen wir bei der Untersuchung der hierdurch entstehenden Verpflichtungen des Ersteren zunächst festhalten, daß der Gestor hier in doppelter Qualität, also auch mit doppelter Verbindlichkeit belastet auftritt. Die Bestimmungen unserer Quellen erklären sich sehr leicht, wenn wir dieses zwiefache Verhältniß, in dem derselbe zu dem Herrn steht, fortwährend berücksichtigen. Als Gestor verbindlich die ausstehenden Forderungen, soweit es in seine Macht gegeben ist, einzutreiben, ist er natürlich gehalten, als Schuldner an sich als Verwalter der Geschäfte des Gläubigers zu zahlen [1]). Diese Verbindlichkeit trifft ihn wegen der übernommenen Gestio, wenn gleich die Zahlung selbst ihm wegen einer andern Obligation obliegt, und hieraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß er von dieser Leistungspflicht an sich selbst befreit ist, sobald der Herr von ihm überhaupt keine allgemeine Geschäftsthätigkeit fordern kann. Deßhalb darf man von dem gestor unius rei, der zugleich Schuldner ist, die Zahlung an sich selbst nicht verlangen. Es würde durchaus singulär sein, wenn dieser hierzu verpflichtet wäre, denn aus seiner Absicht ein bestimmtes Geschäft zu führen, kann der Herr unter keinen Umständen das Recht herleiten, ihm die Besorgung aller Angelegenheiten und als Theil derselben die Eincassirung der ausstehenden Schulden zuzumuthen, wobei er dann als gestor omnium rerum gegen sich selbst als Schuldner verfahren müßte.

Gegenüber der Zahlungspflicht des Gestor an sich selber treten andrerseits nun aber auch Rechte aus der früheren Obligation, aus welcher Jener schuldet, auf, die nicht für ihn verloren gehen können, weil der Schuldner und der zur Einforderung Verpflichtete in ein und derselben Person zusammentreffen. Das frühere rechtliche Verhältniß, aus welchem der nachmalige Gestor dem Dominus zu einer Leistung verbindlich ist, kann und wird in sehr vielen Fällen für den Ersteren gewisse Rechte enthalten; ist er nun auch später schuldig im Interesse seines Gläubigers gegenüber sich selbst dieses Forderungsrecht geltend zu machen, so kann doch nicht von ihm verlangt werden,

1) l. 6. §. 12. l. 35. Dig. h. t.

daß er seinen eigenen Rechten etwas vergebe; er soll als Gestor nur das thun, was der Dominus gethan haben würde, seine Pflicht findet also ihr Maaß in der Berechtigung des Herrn. Dieß giebt uns Anleitung, eine doppelte Reihe von Fällen zu entscheiden, erstens diejenigen, in welchen der Herr als Gläubiger auch Verpflichtungen als solcher hat, und zweitens die andern, wenn der Herr als Gläubiger zur Forderung gar nicht berechtigt ist, als dominus negotiorum aber möglicherweise die Leistung verlangen kann. Dieß ist die Frage, ob der Gestor als solcher zur Zahlung eines debitum naturale verpflichtet ist.

Unsere Quellen, die sehr reich an Bestimmungen hinsichtlich des Gestor, der mit dem Dominus in anderweitigem Schuldverhältniß steht, sind, geben in der l. 35. §. 1. und 2. Beispiele, welchen Einfluß dieses auf die Pflichten des Geschäftsführers äußert. Der Grundsatz, daß dieser an sich selbst zahlen muß, und außerdem, abgesehen von der Verbindlichkeit zur Verzinsung, von der weiter unten die Rede sein wird, nachmals mit der neg. gest. actio wegen der früheren Schuld gehalten ist, ergiebt als natürliches Resultat, daß der Gestor diesen Anspruch sich gefallen lassen muß, selbst wenn die eigentliche Klage als actio temporalis durch Zeitablauf, während der Geschäftsführung erloschen ist [1]). Hier wird diese Berechtigung für den Dominus erst wichtig, da er anderweitig sein Recht nicht mehr verfolgen kann, der Geschäftsführer zahlt in diesem Fall nicht als Schuldner, denn als solcher kann er nicht mehr verklagt werden, er zahlt als Gestor wegen der von ihm begangenen Nachlässigkeit. In der l. 35. cit. spricht aber Scävola von Fällen, in welchen der Gestor nicht allein zu einer Leistung verbunden ist, sondern in denen er als Schuldner auch eine Gegenleistung fordern darf. In dem §. 1. des angeführten Fragments heißt es: der neg. gestor ist als solcher nicht gehalten, das Pfand, welches er von dem Herrn in Händen hat, zurückzuerstatten. In dem früheren Contract ist er hier zwar Gläubiger insofern aber immer Schuldner, als er nach geleisteter Zahlung das Pfand restituiren muß. Es fragt sich hier also: soll der Geschäftsführer sein Pfandrecht aufgeben müssen, um seine Pflicht als Gestor zu erfüllen? Die Antwort ergiebt sich von selbst: seine Verpflichtung geht nicht weiter als des Dominus Berechtigung, und aus der Negotiorum Gestio kann für ihn nicht der Zwang entstehen, sich in seinen eignen Rechten etwas zu vergeben. Die Rückgabe des Pfandes

1) l. 19. pr. Dig. h. t.

braucht also nicht vor Zahlung der Schuld, für die es bestellt wurde, zu erfolgen. Eine andere Frage ist aber die, ob der Gestor sofort an sich zahlen muß, um dann die Gegenleistung zu thun, zu der er in diesem Fall unbedingt verbunden ist? Hierzu kann ihm allerdings ein Zwang auferlegt werden, wenn die Zahlung im Interesse des Dominus lag. Kann sich Dieser auch einer spätern Leistung an ihn als Gläubiger nicht entziehen, so kann er ihn doch hinsichtlich dessen in Anspruch nehmen, was er ihm als Gläubiger wegen später erfolgter Zahlung zu leisten hat, in welchem Fall denn eine natürliche Compensation eintritt. Ebenso wenn der Gestor als Gläubiger wegen der Verzögerung einen Anspruch auf Schadensersatz hat, oder sonst dem Dominus aus ihr ein Nachtheil erwachsen ist. Nehmen wir z. B. den Fall an: A. hat eine verzinsliche Forderung von 1000 an den B., A. ist der Gestor des B., zahlt an sich selbst nicht aus, und verlangt nach einem Jahre von B. 1000 und 40 als Zinsen. Hier kann der B. wenn nicht aus andern Gründen die Zahlung seinem Interesse zuwiderlief, von ihm als Gestor den Ersatz der Zinsen fordern, weil er nicht zur rechten Zeit an sich gezahlt, es wird deßhalb compensirt. Oder angenommen: B. ist dem A. die Summe von 5000 Thaler Gold schuldig. A. gerirt die negotia des B., zahlt aber an sich selbst nicht aus zu einer Zeit, wo Gold sehr wohlfeil einzukaufen war. Nachmals fordert nun der A. vom B. die 5000 Thaler Gold; jetzt steht der Cours desselben sehr hoch, ist also für B. sehr ungünstig Kann nun der B. den A. als Gestor wegen Nachlässigkeit wohl auf die Differenz des damaligen und jetzigen Courses in Anspruch nehmen? Insofern überhaupt der A. zur Besorgung aller Angelegenheiten des B. verpflichtet, und daher auch für die von ihm nicht besorgten Geschäfte verantwortlich war, kann darüber kein Zweifel sein.

Die allgemeine Bedingung bei diesen Fällen, unter welcher der an sich nicht zahlende Gestor nur verbindlich wird, ist die, daß er ex negotiis gestis soviel in Händen hatte, um sich bezahlt zu machen oder wenigstens soviel erhalten konnte, und der Herr dabei etwas ersparte. A. z. B. ist der Gläubiger des B. und zugleich sein Gestor, die Schuld beläuft sich auf 3000 und es sind vier Prozent Zinsen stipulirt, er kann aber an sich nicht zahlen, weil er nichts in Händen hat. Jetzt erbietet sich C. zur Tilgung dieser Schuld das Capital zu drei Prozent herzugeben. Dieß muß A. annehmen, ausgenommen wenn B. früher einmal ausdrücklich erklärt hat, durchaus nie von dem C. Geld entnehmen zu wollen; denn in diesem Fall handelt A. für den B. durchaus utiliter, wenn er das Mutuum nicht

annimmt, da er ganz im Sinn des Herrn handelt. Allerdings kann er als Gläubiger die Annahme der Zahlung dem C. nicht verweigern, da bekanntlich Einer für den Andern selbst wider dessen (des Schuldners) Willen gültig zahlen kann [1]; als Gestor darf er es aber dem C. abschlagen, ein Darlehn für den B. von ihm anzunehmen. So ähnlich übrigens das Resultat erscheint, ob der C. dem A. als Gläubiger des B. zahlt, oder ob er mit dem A. als Gestor dahin contrahirt, daß dieser ihm ein Mutuum zur Tilgung der Schuld giebt, so ist doch die Wirkung für den A. eine verschiedne, da, wenn er als Gläubiger das Geld erhält, er sich dadurch durchaus keiner Verpflichtung unterzieht, wenn er hingegen als Gestor das Geld von dem C. aufnimmt, B. dieß nicht nothwendig zu ratihabiren braucht, A. dem C. also verantwortlich wird, und insofern möglicherweise in Schaden kommen kann, als er diesem die Zinsen zahlen muß. Maaßgebend erscheint die utilitas auch in dem Fall, wenn der Gestor zwar Geld in Händen hat, an sich zu zahlen, dieses Geld jedoch zu höhern Zinsen, als ihm der Dominus für die Schuld zahlt, sicher unterzubringen im Stande ist. Thut er dieß, so kann es ihm als Nachlässigkeit nicht angerechnet werden, wenn er sich unbezahlt ließ; einen Anspruch deßhalb könnte der Gestor durch Compensation des durch anderweitige Verwendung des Geldes für den Dominus entstandenen Vortheils zurückweisen. Das Recht, das dem Gestor als Gläubiger zusteht, zeigt sich dagegen wieder bei der Frage, ob derselbe verbunden ist an sich zu zahlen, wenn er nicht den ganzen Betrag der Schuld, sondern nur einen Theil in Händen hat. Insofern er nämlich als Gläubiger Stückzahlungen anzunehmen gezwungen ist, muß er auch an sich selbst dieselben leisten, ist er dieß aber nicht, so ist ihm als Gestor wegen nicht geleisteter theilweisen Zahlung auch kein Vorwurf zu machen [2]).

In dem §. 2. der l. 35. ist die Verbindlichkeit des Gestor, als solcher das zu leisten, was der Dominus mit der actio redhibitoria von ihm zu beanspruchen berechtigt ist, näher bestimmt. Der Fall ist folgender: Der Verkäufer eines fehlerhaften Thieres oder Sklaven gerirt die Geschäfte des Käufers. Es fragt sich nun: muß Jemand als Gestor, wenn er weiß, daß gegen ihn die redhibitorische Klage zusteht den Kaufpreis mit Zinsen an sich selbst restituiren, und die übrigen ihm als Verkäufer einer fehlerhaften Sache obliegenden Leistungen an sich machen? Hierauf heißt es: Der Gestor braucht dieß nicht,

1) l. 53. Dig. de solut. et liberat. (XLVI. 3.)
2) l. 41. §. 1. Dig. de usur. (XXII. 1.)

wenn er entweder das fehlerhafte Thier selbst, oder dessen Accessionen nicht vorfindet, oder das Object schlechter geworden ist, oder auch was durch dasselbe (ausgenommen ex re emtoris) erworben wurde, nicht vorliegt, noch er dieß Alles erhalten, noch endlich er Mittel in Händen hat, sich dasselbe im Namen des Herrn zu vergüten. Wir sehen, diese Erfordernisse begreifen die Verpflichtungen, die der Dominus gegen ihn als Verkäufer hat, sind diese gegen ihn nicht erfüllt worden, und kann er selbst als Gestor sie gegen sich nicht erfüllen, so kann man ihm auch nicht zumuthen, von sich selbst zu fordern. Nach der gewöhnlichen Frist, nach welcher die redhibitoria actio verjährt, nach sechs Monaten, wird der Käufer gegen den Verkäufer, seinen Gestor, also die Forderung nicht bloß nicht mehr mit der redhibitorischen Klage, sondern auch nicht mit der neg. gest. actio geltend machen können. — Die Geschäftsführung, und die aus ihr entspringenden Pflichten können also nicht die Rechte des Gestor dem Herrn gegenüber verringern, und die Berechtigung des Dominus giebt das Maaß der Verbindlichkeit des Gestor. Eine ähnliche Frage, wie die so eben erörterte, ist die: ob der Gestor als Naturalschuldner des Dominus verpflichtet ist, das debitum naturale an sich zu zahlen? Beantwortet finden wir dieselbe für einen speziellen Fall in der l. 19. pr. [1]), wo dem Manumittirten aufgegeben wird das, was er durch die von ihm als Sklaven geführte Gestio schuldig geworden ist, sofern er im Stand der Freiheit dieselbe fortsetzt, als Naturalschuld zu zahlen. Um untersuchen zu können, in wie weit diese Bestimmung eine ausgedehntere Anwendung leidet, ist es nothwendig genauer auf das Verhältniß einzugehen, welches bei einer Geschäftsführung durch einen Sklaven zwischen diesem und dem Dominus entstand.

Der allgemeine Grundsatz, daß aus dem Rechtsverhältniß mit einem Sklaven gegen diesen keine Klage gegeben wird, bringt es mit sich, daß der Manumittirte wegen der von ihm in der Sklaverei geführten negotia nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, wohingegen er wegen der nach seiner Freilassung vorgenommnen vollständig zu Recht stehen muß [2]). Nun ist es aber auch denkbar, daß ein

1) l. 19. pr. Dig. h. t. Paulus: At qui natura debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit, sibi postea solvere debet, in eodem actu perseverans, sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id praestare cogitur.

2) l. 17, Dig. h. t. Ulpianus: Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid connexum fuerit, ut separari ratio ejus, quod in servitute gestum est, ab eo, quod in

Sklave bei der angefangenen Negotiorum Gestio nach seiner Manumission verharrt, und wenn er auch in diesem Fall nicht wegen der in der Sklaverei geführten Geschäfte nachmals verbindlich ist, so kommen nach l. 17. diese, wenn sie mit seinem spätern Handeln in genauem Zusammenhang stehen, doch insofern zur Sprache, als dieses letztere in ihnen seinen Grund hat. Es geschieht dieß nur, um die Klage gegen ihn wegen des zweiten Geschäfts möglich zu machen, weßhalb er auch nicht für die bei dem ersteren begangne Culpa haftet [1]). Das angezogne Fragment giebt uns folgendes Beispiel: Ein Sklave hat für einen Freien einen Bauplatz gekauft, auf diesem ein Gebäude errichtet, dieses stürzt aber wieder ein; jetzt wird der Sklave freigelassen, und vermiethet nunmehr den Bauplatz. Wegen des Kaufs und Baues ist er dem Dominus zunächst nicht verbindlich denn er kann sich als Sklave nicht verpflichten, weßhalb er auch nach der Manumission nicht gehalten ist; später hat er aber als Freier ein Geschäft gerirt, wegen dessen er zu Recht stehen muß. Würde nun die frühere Gestio gar nicht berücksichtigt, so könnte der Dominus wegen der Vermiethung keine Klage haben, denn ohne den vorhergegangnen Kauf ist sie nicht möglich. Deßhalb wird letzterer, als das frühere Geschäft insofern mit herangezogen, als es den Grund zu dem nachmaligen enthält. Ohne daher wegen des Kaufs und schlechten Baues gehalten zu sein, wird es sich der Manumittirte doch gefallen lassen müssen, den Kauf gegen sich insofern geltend gemacht zu sehen, als darauf eine Klage wegen Vermiethung basirt ist.

Nach den bisher dargestellten Grundsätzen ist also eine Haftungsverbindlichkeit des Freigelassnen wegen der von ihm als Sklaven geführten Geschäfte nicht vorhanden; allein es wird ihm, immer vorausgesetzt, daß er als Freier die fremden Geschäfte fortführt, die Pflicht auferlegt, seine aus der früheren Gestio entstandne Naturalschuld [2]) jetzt an sich selbst zu zahlen. Hiervon handeln die l. l. 18. und 19. pr. In dem ersteren Fragment meinen Proculus und Pegasus, auch Derjenige, welcher als Unfreier fremde Angelegenheiten zu besorgen begonnen habe, sei bonam fidem zu leisten schuldig, und diese er-

---

libertate gessit, non possit, constat venire in judicium vel mandati, vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est.

1) l. 19. §. 1. Dig. eod. — non ut dolum aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet.

2) l. 14. Dig. de obligat. et actbs. (XLIV. 7.). Servi — ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.

fordre, daß ein Solcher, wenn er zu jener Zeit ein Peculium besessen habe, als gestor manumissus aus diesem die Schuld decke. Diese Pflicht erweitert Paulus in der l. 19. pr. indem er sagt, der Freigelaßne sei aus seiner von ihm als Sklaven geführten Negotiorum Gestio Naturalschuldner, dieses debitum naturale müsse er auch dann an sich zahlen, wenn früher kein Sondergut dagewesen wäre, und der Geschäftsherr könne, wenn er dieß unterlassen habe, gegen ihn deßhalb ebenso die neg. gest. actio anstellen, wie gegen Denjenigen, der eine Schuld an sich nicht bezahlt habe, die, mit einer Temporalklage zu realisiren, wegen Zeitablauf jetzt nicht mehr eingeklagt werden könne. Hier entsteht allerdings die Frage wie der Jurist den Ausdruck: etiamsi in peculio nihil habuit — gemeint hat, ob er den Fall annahm, daß der unfreie Gestor erst später ein Peculium erworben hat, oder ob er dem Freigelaßnen im Allgemeinen die Verbindlichkeit an sich zu zahlen auferlegen will, wenn dieser jetzt zu Vermögen gekommen ist? Einen Hinweis auf das richtige Verständniß giebt hier das von dem Juristen angeführte Beispiel: sicut is — cogitur. Diese Worte sind nicht dahin zu erklären, daß von dem Gestor mit der neg. gest. actio das debitum naturale gefordert werden könne, was nach eingetretner Verjährung übrig bleibe [1]), vielmehr hat Paulus den Fall vor Augen, wenn zur Zeit der Gestio die Zeitklage noch bestand, und während derselben ablief. Hier soll der Geschäftsführer nachmals gehalten sein, weil er nicht, wie es seine Pflicht war, zu der Zeit von sich einforderte, zu welcher der Dominus noch hätte klagen können. Wird nun diese Verbindlichkeit auch auf den gestor manumissus angewendet, so ist, wie einerseits Nichts darauf ankommt, ob er gleich Anfangs ein Peculium hatte, doch andrerseits damit die Bestimmung gegeben, daß auch hier seine Verpflichtung insofern an die Berechtigung des Herrn geknüpft sein soll, als er nur dann, wenn dieser die de peculio actio gehabt hätte, und lediglich den Betrag dessen, was mit dieser Klage zu erreichen gewesen wäre, an sich zahlen muß.

Gehen wir nun nach dieser Erörterung zu der Frage über, ob die Bestimmung des Paulus über den Freigelaßnen auch auf den freien Gestor dahin Anwendung finden kann, daß dieser ebenfalls zur Zahlung eines debitum naturale an sich verpflichtet werde, so scheint die Entnehmung einer so allgemeinen Regel aus einer so speziellen

---

1) Ob nach Ablauf der actio temporalis überhaupt eine Natural-Obligation übrig bleibt, ist übrigens noch sehr bestritten. Vergl. v. Vangerow, Leitfaden. §. 151. Not. 4.

Vorschrift als sehr gewagt. Fürs erste nämlich ist wohl nicht einmal anzunehmen, daß der Freigelassne unter den angegebnen Verhältnissen jede Naturalobligation zu erfüllen hatte, vielmehr wird in den Quellenstellen durchaus nur von der durch seine in der Sklaverei geführten Gestio entstandenen natürlichen Verpflichtung gesprochen. Paulus sagt zwar ganz allgemein: Atqui natura debitor fuit, — sibi postea solvere debet; daß er aber unter dem natura debitor nur Denjenigen versteht, der dieß aus der früheren Geschäftsführung ist, das zeigt sich ganz entschieden durch den Nachsatz: in eodem actu perseverans. Wenn daher ein Sklave einem Freien naturaliter aus irgend einem Contract, außer der Negotiorum Gestio, verpflichtet war, dann dessen negotia gerirte, hierauf freigelassen wurde, und nun die Besorgung der fremden Angelegenheiten fortsetzte, so war er nicht verpflichtet das, was er aus dem früheren Vertrag schuldete, was also ebenfalls ein debitum naturale war, jetzt an sich zu zahlen. Beschränkt sich aber die Zahlungspflicht des gestor manumissus auf eine Art der Naturalschuld, so ist eine Anwendung der l. 19. auf den freien Geschäftsführer noch viel weniger zuzugeben. In der That sind auch genau genommen die angeführten l. l. 18. und 19. pr. der Ansicht, daß ein jeder Geschäftsführer an sich die debita naturalia zahlen solle, durchaus nicht günstig. Spräche Paulus in der letzteren von dem Fall, daß vor übernommner Gestio die Zeitklage abgelaufen war, so könnte hieraus eine solche Verpflichtung des Gestor wohl abgeleitet werden, vorausgesetzt daß nach Ablauf der actio temporalis eine Naturalschuld übrig bleibt; allein der Jurist nimmt an, daß zu Anfang der Gestio die ursprüngliche Klage noch angestellt werden konnte, und wenn er hier die Zahlungsverbindlichkeit dem Gestor auferlegt, so geschieht dieß, weil es sich nicht um eine naturale, sondern ausdrücklich um eine klagbare Schuld handelt. Daß ferner die hier gemeinte allgemeine und durchaus naturgemäße Verpflichtung des Geschäftsführers zusammengestellt ist, mit der singulären Vorschrift für den gestor manumissus hat nicht seinen Grund darin, daß in beiden Fällen von einem debitum naturale die Rede ist, sondern erklärt sich aus dem Umstand, daß sich hier wie dort die schuldige bona fides und diligentia des Gestor zeigt. In dem vorhergehenden Fragment hatten die Juristen gesagt: der Sklave muß auch bona fides leisten, insofern er, wenn er als Freigelassner die Geschäftsführung fortsetzt, soweit er es im Stande ist zahlen muß: quantum si alius ejus negotia gessisset servare potuisset, in der l. 19. wird nun wiederholt, der Sklave solle hierzu gehalten sein, so gut wie Derjenige, der als

Gestor von sich nicht einfordert, was der Herr bei Beginn der Gestio von ihm mit einer Zeitklage noch zu verlangen berechtigt war. In den angegebnen Stellen ist also ausdrücklich nur die Verpflichtung eines gewissen Gestor zur Zahlung einer Naturalschuld angenommen, und eben dies spricht gegen die Annahme einer solchen Verbindlichkeit im Allgemeinen. Wäre diese überhaupt anerkannt gewesen, so würde sie nicht für einen besondern Fall so genau ausgeführt worden sein, wie es von Paulus noch mit Berufung auf andere Juristen geschehen ist.

Abgesehen von den Quellen widerstreitet endlich auch die Natur der Sache dieser Zahlungspflicht der Naturalschulden. Der gestor omnium rerum ist gehalten, eine Schuld, welche auf ein durch Klage zu realisirendes Recht begründet ist, von sich einzutreiben. Dieß ist eine Folge seiner Stellung, und deßhalb von den Römischen Juristen auch mehrfach anerkannt. Sowie aber die Ausdehnung dieses Prinzips auf den gestor unius rei einerseits zu bestreiten ist, ebenso ist sie nach der andern Seite hin, das heißt auf eine nicht klagbare Schuld zu läugnen. Jene anerkannte Verpflichtung hat ihren natürlichen Grund in der freiwilligen unaufgetragnen Uebernahme, die Geschäfte des Dominus nach bestem Wissen zu führen, in dem Bereiche dieser liegt die Eintreibung ausstehender Schulden, und wenn der Gestor auch, insofern ihm die Klagefähigkeit abgeht, nicht überall wegen der nicht eincassirten Forderungen gehalten ist, so ist er es doch wie einerseits in dem Fall, wenn er ohne Mandat klagen konnte, so auch dann, wenn es vollständig in seiner Macht stand, zu dem gewünschten Ziel zu kommen, das heißt wenn er selbst als Schuldner an sich als mahnenden Gestor bezahlen konnte. Wie aber schon bemerkt wurde, hat die Pflicht des Gestor ihre nothwendige Gränze in der Berechtigung des Herrn, es kann Jenem nie die Unterlassung einer Handlung für diesen angerechnet werden, zu welcher Letzterer selbst nicht berechtigt gewesen wäre. Wegen eines debitum naturale steht aber dem Herrn kein Zwangsrecht zu. Hat der Gestor dieses gezahlt, so kann er es erstens als Schuldner nicht wiederfordern, und muß es zweitens als Gestor dem Dominus abliefern, da er diesem Alles erstatten soll, was er für ihn empfangen hat, selbst Das, wozu er injuria gekommen ist; zahlt er es aber nicht, so hat er hiermit keine Nachlässigkeit begangen, denn er hat nichts unterlassen, was der Herr selbst in seinen eignen Geschäften hätte thun können. Das Charakteristische der naturalis obligatio liegt darin, daß sie nicht mit einer Klage verfolgt werden kann, sie nun indirect dennoch klagbar zu machen widerspricht ihrem ganzen Wesen. Auch

bei dem gestor manumissus wird von dieser Regel nicht abgewichen. Dieser muß ja ebenfalls nur Das an sich zahlen, was der Geschäftsherr mit der de peculio actio hätte fordern können.

Die Pflicht des Gestor, wenn er Naturalschuldner ist, beschränkt sich einzig und allein darauf, diese Schuld, wenn er anderweitig Gläubiger des Dominus ist, und an sich zahlt, zu compensiren. Dieß hätte als Recht dem Herrn zugestanden, darum liegt es als Pflicht ihm ob. Jede weitere Verpflichtung müßte in den Quellen ausdrücklich bestimmt sein, als Folge aus den gegebnen Grundsätzen läßt sie sich nicht ziehen.

§. 12. Folgen der Negligenz bei dieser Verpflichtung des neg. gestor.

Bei der Frage, welche Folgen die Negligenz des Gestor in Betreff der ihm auferlegten Pflicht, die ausstehenden Schulden des Dominus einzuziehen für ihn hat, ist zunächst zu bemerken, daß die Unterlassung der Einforderung an sich nicht unbedingt eine Nachlässigkeit des Gestor in sich schließt. Der Grund seiner regelmäßigen Verpflichtung liegt in dem Princip, daß er für den Herrn utiliter handeln soll, geschieht dieß also dadurch, daß die Eincassirung unterbleibt, so kann dem Geschäftsführer sein demgemäßes Handeln als Verletzung jener nicht angerechnet werden. Liegt dagegen eine wirkliche Negligenz vor, so ist er zum Ersatz des dem Herrn hierdurch erwachsenen Schadens verbindlich. Insofern dritte Personen Schuldner waren, und diese von dem Gestor weder gemahnt, noch, wenn er dazu berechtigt war, verklagt worden sind, so haftet er also, da er dieselben durch seine Mahnung in mora zu bringen im Stande war [1]) dem Dominus für das gesammte Interesse, welches Dieser an der Mora seiner Debitoren hatte, weiter aber bei unterlassner Klaganstellung oder wenn es erweislich ist, daß auf die Mahnung die Schuld eingegangen wäre, für den ganzen Betrag derselben gegen Cession der Klage wider den nunmehr insolventen Schuldner.

War der Gestor selbst dem Herrn anderweitig zu einer Leistung verpflichtet, und hatte diese unerfüllt gelassen, so liegt hierin ebenfalls regelmäßig eine Nachlässigkeit von seiner Seite, ausgenommen in den Fällen, wenn er absichtlich wegen der utilitas des Herrn an sich nicht zahlte, so z. B. wenn er ein Capital von diesem hat, und zu vier Procent verzinst, aber einsieht, daß er dieses, wenn er es an

---

1) l. 24. §. 2. Dig. de usur. (XXII. 1.)

sich ausgezahlt, anderweitig nicht sogleich ebenso gut unterbringen würde, weßhalb er es bis auf Weiteres behält; sodann wenn er als Gestor überhaupt an sich zu zahlen nicht im Stande war [1]), drittens endlich wenn der Herr durchaus dabei kein Interesse hatte, ob die Zahlung geschah oder nicht [2]). Dieß wird nur dann der Fall sein, wenn der Gestor reich, die Klage des Herrn eine perpetua ist und keine Zinsen in Frage stehen. In diesen Fällen kann der Dominus die ursprüngliche Schuld mit der neg. gest. actio nicht einfordern, weil dieses Recht ihm nur zusteht auf Grund einer vom Geschäftsführer bei der Verwaltung begangnen Negligenz. Sobald aber eine

---

1) l. 35. pr. Dig. h. t. Haec ita, si maritus, dum gessit, facere potuit; alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit.

2) l. 35. §. 3. cit. Ceterum si ex alia causa perpetuae obligationis, quum sit locuples, debeat, non est imputandum, quod non solverit; utique si neque usurarum ratio querelam movet. Diversumque est in tutore debitore, quia ibi interfuit, ex priore obligatione solvi, ut deberetur ex tutelae actione. Bei dieser Stelle ist Mehreres zu bemerken. Zunächst darf man nicht etwa annehmen, daß die sogenannte actio perpetua während der Gestio ablaufe; hieraus würde folgen, daß der Gestor an sich zu zahlen nicht gehalten wäre, sobald der Herr zur Realisirung seines Rechts gegen ihn eine Klage hatte, die nur der dreißigjährigen Verjährung unterliegt. Man könnte dieß zu glauben vielleicht deßhalb geneigt sein, weil in l. 19. pr., wo die Verpflichtung des Gestor, an sich zu zahlen, und seine Haftung deßhalb, sofern während der Gestio die Klage abläuft, bemerkt wird, von einer actio temporalis die Rede ist; daß dasselbe für eine actio perpetua gilt, ergiebt sich aus der Natur der Sache, auch würde der angedeuteten Auslegung des §. 3. der Zusatz: cum sit locuples entgegenstehen. Vielmehr meint Scävola: Sobald der Dominus kein Interesse dabei hatte, ob die Zahlung von dem Schuldner an sich als Gestor erfolgte oder nicht, kann die Schuld nicht mit der neg. gest. actio eingefordert werden. Der Grund davon liegt in dem Mangel an einer Negligenz. Mit dieser Auffassung scheint nur der Anfang des Fragments nicht übereinzustimmen: dos non solum dotis actiore, verum et negotiorum gestorum servari potest. Wenn gleich aber der Jurist diesen Satz allgemein aufstellt, so zeigt sich doch, daß er dieß nur unter der Voraussetzung einer vom Gestor begangnen Nachlässigkeit thut, aus der ganzen Haltung des Fragments. Er bespricht die einzelnen Fälle, die eintreten können, je nachdem der Ehemann früher oder später insolvent geworden ist, und führt aus, wann die Negligenz desselben zu entschuldigen sei, wann nicht. Die Fälle wo diese gar nicht vorhanden ist hebt er besonders hervor: haec ita, si maritus — a se non exegerit; — quod si interea res amissa est, perinde negotiorum gestorum non tenetur, ac si nunquam facere potuisset. Daß in dem Fall des §. 3. die neg. gest. actio auf die Schuld nicht geht, dafür spricht noch ganz entschieden der Nachsatz, in welchem auf den Vormund hingewiesen wird.

solche vorliegt, das heißt sobald der Gestor da, wo es das Interesse des Herrn verlangte, die Zahlung an sich schuldvoll verzögerte, geht die Klage aus der Geschäftsführung auch mit auf Leistung der ursprünglichen Schuld, die der Gestor jetzt als solcher, nicht mehr als Schuldner zu leisten hat. Zu entschuldigen ist aber seine Negligenz, wenn er mit der Zahlung an sich so lange wartete, als er bedurfte, um das schuldige Geld ohne eignen Nachtheil herbeischaffen zu können. Soviel Zeit würde auch der Dominus, wenn er eingefordert hätte, ihm nachgelassen haben, negligent handelt er also erst dann, wenn er nachmals ohne Grund noch zögert [1]). In der **l. 35.** führt dieß Scävola an dem Beispiel aus, daß der geschiedne Mann vor Restitution der Dos die Geschäfte seiner Frau führt, und insolvent wird. Jetzt geht die actio dotis nur auf: quantum facere potest, die neg. gest. actio hingegen wegen unterlassner Zahlung der Dos zur Zeit noch vorhandner Solvenz auf den vollen Betrag derselben. Hier heißt es, soll der Ehemann doch auch nur zu soviel gehalten sein, als er zu zahlen vermag, ohne zu darben, wenn er gleich beim Beginn der Geschäftsführung noch bemittelt war, weil man nicht sagen kann, daß er gegen seine Pflicht als Gestor fehlte, wenn er nicht sofort seine eignen Sachen verkaufte, um Geld herbeizuschaffen. Eine Negligenz von seiner Seite ist immer vorhanden, und deßhalb kann die Frau mit der neg. gest. actio die Rückgabe der Dos fordern, diese Negligenz wird aber entschuldigt, und aus diesem Grund darf sie nicht den ganzen Betrag verlangen, sondern nur: quod maritus facere potest.

§. 13. Von der Verpflichtung des gestor zur Zinszahlung insbesondere.

Außer der Verbindlichkeit des Gestor, mit der actio neg. gest. belangt, als solcher die frühere Schuld zahlen zu müssen, trifft denselben auch noch weiter die Verpflichtung Zinsen selbst für ein ihm unverzinslich gegebnes Capital zu vergüten [2]). Diese Zinsen sind usurae morae, und die mora entsteht aus der Mahnung, die der Geschäftsführer an sich selbst ergehen zu lassen schuldig ist. Daher beginnt der Verzug und mit ihm die Verbindlichkeit zur Zinszahlung mit dem Tag, an welchem Jener an sich selbst zu leisten gehabt

---

1) l. 35. cit. — non enim a vestigio in officio deliquit si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam; praeterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur.

2) l. 6. §. 12. l. 38. Dig. h. t.

hätte, wenn auch die Gestio schon früher begonnen worden war [1]). Ein Bedenken gegen die Annahme, daß die schuldigen Zinsen usurae morae seien, könnten die letzten Worte der l. 6. §. 12. erregen, in denen ausgesprochen ist, daß der Dominus dieselben erlassen könne. Dies scheint allerdings auf stipulirte Zinsen hinzudeuten; allein wir müssen jene Stelle wohl dahin auffassen, daß in ihr von einem Erlaß für den Fall einer übernommnen Geschäftsführung überhaupt die Rede ist [2]). War dieser vom Herrn gegeben, so ist der Gestor der nicht gezahlt hat, eigentlich zur Zinszahlung zwar verbunden, hat aber eine Exception aus dem speziell geschlossnen Pactum. Sind nur die vertragsmäßigen Zinsen erlassen, so sind die durch seine Versäumniß entstandenen dennoch zu zahlen. Hat also A. von B. ein verzinsliches Capital empfangen, B. erläßt nach einiger Zeit die Zinsen, hierauf wird A. Geschäftsführer des B. und tilgt die Schuld nicht zur rechten Zeit, so muß er nun dennoch Zinsen zahlen. Daß diese aus dem Verzuge entstehen, ergiebt sich ganz entschieden aus der l. 7. wo Paulus sagt, bei den bonae fidei judiciis bestimme und bewirke das officium judiciis dasselbe, was bei den durch Stipulation geschloßnen Contracten der ausgesprochne Wille der Partheien. Die Zinsen, welche bei den bonae fidei judiciis durch das officium judicis bestimmt werden, sind eben die Verzugszinsen [3]).

Zur Zinszahlung ist der Gestor unter den gemachten Voraussetzungen unbedingt verpflichtet, gleichviel ob der Dominus selbst gewohnt war, sein Geld auf Zinsen zu legen oder nicht. Die l. 13. §. 1. Dig. de usur. (XXII. 1.), welche bestimmt, daß der Gestor, der ein Capital des Herrn todt daliegen lasse, nicht dasselbe zu verzinsen schuldig sei, wenn es der Herr auch so zu halten pflege, kann hiergegen nichts beweisen, denn in unserm Fall werden nicht Zinsen eingefordert, die der Geschäftsführer für ein Capital hätte erlangen können, die er also ersetzen muß, vielmehr zahlt er die Zinsen für seine Schuld als Schuldner, von ihm als Gestor werden sie aber verlangt, weil die Qualität des Geschäftsführers ihn zur Zinszahlung verbind-

1) l. 38. cit. — quodsi dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum, sed die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei judicio praestiturum.

2) So wird die Haftung für den casus übernommen: const. 22. Cod. h. t.

3) l. 24. Dig. deposit. vel cont. (XVI. 3.) — Et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio. l. 54. Dig. locat. conduct. (XIX. 2.)

lich macht. Falsch wäre es, wenn man den Grund seiner Pflicht hierzu darin finden wollte, daß er das Geld des Herrn in seinen Nutzen verwendet habe, indem er nicht zahlte, analog der Bestimmung, daß der Pfandgläubiger, der das Pfandobject verkauft hat, den Ueberschuß verzinsen muß [1]), wenn er sich des Geldes bedient hat; in diesem Fall müßten wir annehmen, daß der Gestor maximas usuras zu bezahlen habe [2]).

An diese Verpflichtung des Gestor wegen nicht rechtzeitig geleisteter Zahlung Zinsen vergüten zu müssen, ist die Darstellung seiner Verbindlichkeit, überhaupt die Capitale, die er als Geschäftsführer in Händen hat, zu verzinsen, anzuknüpfen. Der Grund derselben ruht in seiner Pflicht zum Besten des Dominus, dessen Geld verzinslich anzulegen, er ist also wieder wegen seiner Negligenz verhaftet, insofern er jene vernachlässigt hat; außerdem kann er aber auch als Schuldner zur Zinszahlung gehalten sein, wenn er für sich selbst während der Gestio Geld aus dem Vermögen des Herrn entnahm. In mehreren Stellen [3]) wird von der ersteren Verpflichtung ausdrücklich gesprochen, doch findet dieselbe eine Beschränkung in der angegebenen l. 13. §. 1. Dig. de usur. Nach dieser wird der Geschäftsführer außer zur Erstattung der Zinsen, die ihm von dritten Schuldnern gezahlt wurden, und die er nach dem Grundsatz, daß er Alles, was er ex negotio gesto erhält, abzuliefern hat, restituiren muß, nur dann verbunden sein, die Gelder, die er verwaltet, auf Zinsen auszugeben, wenn der Herr durch sein früheres Handeln nicht gezeigt hat, daß er sein Capital nicht verzinst haben will. Pflegte er dasselbe todt im Kasten liegen zu lassen, so hat der Gestor, wenn er ebenso handelt, durchaus nur seine Schuldigkeit gethan, eine Negligenz fällt ihm also nicht zur Last. Im Fall einer Nachlässigkeit aber hat er dem Herrn aus eignen Mitteln den Betrag der Zinsen zu ersetzen, und zwar wird sich die Höhe derselben im einzelnen Fall danach bestimmen, welche Zinsen der Gestor, im Fall er nicht negligent gewesen wäre, hätte erhalten können, ohne culpos zu handeln [4]).

---

1) l. 6. §. 1. Dig. de pign. act. (XIII. 7.)

2) l. 38. Dig h. t. — ubi quis ejus pecuniam cujus — negotia — administravit — in usus suos convertit, maximas usuras praestat; — hic (neg. gestor) bona ratione accepit ab alio mutuum, et in usuras, quia non solvit, non quia ex negotiis, quae gerebat, ad se pecuniam transtulit, condemnandus est.

3) l. 19. § 4. l. 31. § 3. l. 37. § 1. l. 38. Dig. h. t.

4) l. 19. § 4. cit: Non tantum sortem, verum etiam usuras ex

Der Herr kann daher nicht unbedingt von ihm die höchsten Zinsen, die ihm geboten worden sind, ersetzt verlangen, sondern nur die höchsten, die er bei gewissenhafter Verwaltung, also von einem sichern Schuldner, mit dem er ohne Verschuldung contrahiren durfte, bekommen konnte. Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß und die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers, wenn er während der Negotiorum Gestio für sich selber Geld von dem Dominus und den ihm zu Gebote stehenden Mitteln entnommen hat. Hier ist er zur Zinszahlung wieder nicht als Gestor, sondern als Schuldner verpflichtet, seine Stellung ist aber durchaus verschieden von der vorher besprochnen, die er einnimmt, wenn er, schon vor der Geschäftsführung Schuldner des Herrn, nachmals an sich nicht gezahlt hat. In diesem Fall wurden von ihm mit der actio bonae fidei Zinsen gefordert, hier trifft ihn die Zahlung derselben gleichsam als Strafe für den Mißbrauch, den er mit der ihm aus der Gestio zustehenden Befugniß getrieben hat. Der Gestor ist dem Herrn zu einer redlichen und uneigennützigen Gesinnung und Handlungsweise verpflichtet, und in dieser liegt es, nicht dessen Geld in eignen Nutzen zu verwenden. Deßhalb ist er zur Zahlung der höchsten Zinsen angehalten [1]) gleich dem Vormund, der ihm überhaupt in Betreff der Zinszahlung zur Seite gestellt wird. Auch der Tutor kann von dem Pupillen ein Mutuum annehmen, oder aus dessen Vermögen von den Mitvormündern erhalten [2]), ohne zu den höchsten Zinsen verpflichtet zu werden; aber auch er wird diese zu zahlen verurtheilt, wenn er sein Amt mißbraucht, indem er sich aus der Verwaltung Geld verschafft.

§. 14. Die Haftung des neg. gestor.

Wir haben bisher gesehen, in wie weit der Gestor seinem Dominus eine gewisse Geschäftsthätigkeit schuldig, und wegen seiner Negligenz, insofern diese mit einem vorangegangnen Thun zusammenhängt, verpflichtet ist. Es muß nunmehr von dem Fleiß, den er bei Geschäften, die er führt, anzuwenden hat, und von seiner Haftungsverbindlichkeit im Allgemeinen, die sich auf die gesta wie auf die non gesta gleichmäßig erstreckt, die Rede sein.

Die freiwillige Uebernahme der Verwaltung, sowie auch die Rücksicht für den Herrn, der ohne sein Wissen und seine Zustimmung

---

pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum judicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus.

1) l. 38 s. f. Dig. h. t.

2) l. 9. §. 7. l. 54. Dig. de admin. et per. tut. (XXVI. 7.)

einen Procurator erhält, rechtfertigen eine sehr strenge Verantwortlichkeit des Gestor. Daß er keinen Vortheil aus der Negotiorum Gestio hat, und auch selbst den allergeringsten Nutzen nicht haben darf, kann, abgesehen davon, daß hiernach eine Eintheilung der Contracte nach den Graden der culpa nur dann statthaft ist, wenn der Prästant es mit einer Sache, als Gegenstand der Obligation zu thun hat, auch schon deßhalb als innrer Grund gegen diese seine strenge Verpflichtung nicht angeführt werden, da die Rücksicht, daß er als Stellvertreter auftritt, und der ganze Zweck der Negotiorum Gestio den Nutzen des Herrn zu fördern, weit überwiegt. In der Regel haftet daher der Gestor für jede Verschuldung, er hat omnem culpam zu prästiren [1]), und die diligentia, die von ihm gefordert wird, ist die eines diligens paterfamilias, wie sich entschieden aus dem Zusatz: in his quidem et diligentia ergiebt, den Ulpian in der l. 23. Dig. de reg. jur., wo er die einzelnen Contracte, mit Rücksicht auf die bei ihnen zu prästirende Culpa aufzählt, bei den neg. gesta macht [2]). Diese regelmäßige Haftungsverbindlichkeit des Geschäftsführers erleidet aber verschiedne Modificationen, zu denen entweder die Uebereinkunft der Partheien, insofern diese hier möglich ist, oder andre Umstände Veranlassung geben, unter denen die Geschäftsführung vorgenommen worden ist. Hiernach ist der Gestor:

1) Nur für den dolus und die diesem gleichstehende culpa lata verantwortlich, wenn er sich einer Sache annahm, die ohne seine Einmischung untergegangen wäre [3]). Das Moment, welches seine Haf-

---

1) l. 21. §. 3. l. 32. Dig. h. t. const. 20. Cod. eod. Ueber diese Stelle vergl. Hasse, Culpa. §. 73. S. 286. const. 24. Cod. de usur. (IV. 32.) Früher wurde viel gestritten, ob der Gestor nur culpa levis oder auch levissima zu leisten habe. Daß er für jedes Versehen verantwortlich sei, behauptete zuerst: Cujas, ad Paul. sent. recept. lib. I. tit. 4. ad leg. 23. Dig. de reg. jur. Ueber die jetzt allgemein anerkannte Lehre vergl. Hasse a. a. O. §. 95. S. 370. Die Entschuldigung, daß er nach bestem Wissen gehandelt habe, kann den Gestor von seiner Verpflichtung nicht befreien: l. 8. Dig. ad leg. Aquil. (IX. 2)

2) l. 23. Dig. de reg. jur. (L. 17.) Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidem et diligentiam. Die neg. gestio wird hier der Tutel entgegengesetzt, bei der nur diligentia quam in suis rebus prästirt wird. Hat sich der Tutor angeboten, so haftet auch er strenger: l. 55. §. 3. Dig. de furt. (XLVII. 2.)

3) l. 3. §. 9. Dig. h. t.

tung in diesem Fall verringert, ist die Abwendung des positiven Schadens, den der Herr außerdem unbedingt erlitten haben würde. In der Bewahrung vor einem mehr oder weniger unersetzlichen Nachtheil liegt aber die Beförderung des höchsten Nutzens.

2) Andrerseits auch für den casus und zwar aus verschiednen Gründen:

a) In Folge freier Uebereinkunft, insofern es denkbar ist, daß zwei Personen für den Fall einer in der Zukunft möglichen Geschäftsführung des Einen für den Andern ein spezielles Pactum abschließen, nach welchem der künftige Gestor für den casus einstehen soll [1]).

b) Wenn der Gestor für den Geschäftsherrn nova et insolita negotia geführt hat. In Betreff dieser, heißt es in l. 11. Dig. h. t. soll ihn der ganze Schaden treffen, dem Dominus hingegen der erwachsne Gewinn zufallen. Diese strenge Haftungspflicht ist, wie schon bemerkt wurde, auferlegt, um den Herrn vor einem frivolen Speculiren Seitens eines Dritten mit seinem Vermögen zu schützen, wird aber vollständig durch die Betrachtung gerechtfertigt, daß hier nur dann utiliter vom Gestor gehandelt worden war, wenn sich wirklich ein Nutzen herausstellte. Welche Geschäfte übrigens als nova et insolita anzusehen sind, kann erst im concreten Fall mit Sicherheit entschieden werden. Jedenfalls kommt hier viel auf den Stand und die Verhältnisse des Geschäftsherrn an, nach denen das Arbitrium des Richters sich zu bestimmen hat [2]).

c) Wenn dem casus eine culpa voranging. Dieser Fall hat einige Schwierigkeit. Daß eine jede vorausgehende culpa die Prästation eines nachfolgenden casus nach sich ziehe, wird Niemand behaupten wollen; denn sonst müßte der Gestor, welcher nachlässig bei dem Einkauf einer Sache handelte, indem er sie über den Werth bezahlte, den

---

1) const. 22. Cod. h. t. Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur. Diese Constitution ist verschieden interpretirt worden: a) wie es im Text geschehen ist. b) Dahin, daß angenommen wurde, die Kaiser sprächen im Allgemeinen von fremden Geschäftsführern, ohne spezielle Rücksicht auf die neg. gestores im engern Sinn. c) Daß sie von einem Pactum handle, das ein Dritter mit dem Gestor abgeschlossen habe. d) Die Worte: non interveniente speciali pacto sollen den Grund der Entscheidung enthalten: weil ein Pactum hier nicht eintreten kann. Auch hat man statt: pactum, factum lesen wollen: Bynkershöck, Observ. Jur. Rom. lib. I. cap. 7.

2) Selbst Lotteriespiel für den Herrn, was Glück Bd. V. S. 365. beispielsweise anführt, kann nicht unbedingt als novum et insolitum negotium gelten. Wie, z. B. wenn der Herr selbst zu spielen pflegte? —

Schaden tragen, wenn diese später ohne sein Verschulden unterging. Ebensowenig ist es zu verkennen, daß, wenn der casus unmittelbar durch die culpa herbeigeführt wurde, die Verbindlichkeit, ihn zu tragen, schon in der Haftung für die letztere liegt, durchaus also als eine selbstständige Verpflichtung nicht erscheinen kann. Dieß ist der Fall der l. 22. Dig h. t. Gajus sagt: wer als Gestor Getreide eingekauft hat, kann, selbst wenn dasselbe später untergegangen ist, seine gemachten Auslagen wieder fordern: Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit. Der Geschäftsführer muß hier für die übeln Folgen seines Fehlers einstehen, selbst wenn diese einen zufälligen Charakter angenommen haben, er haftet daher für den casus nur nach Maaßgabe seiner Verpflichtung wegen begangner culpa. Wäre seine Haftung für den casus unabhängig von der Prästation dieser, so würde er, wenn das Getreide in der Zeit zwischen dem Kaufe und dem Untergange gestiegen wäre, nicht bloß seine Forderung verlieren, sondern dem Herrn auch noch den höhern Werth vergüten müssen, im umgekehrten Fall, wenn die untergegangne Sache an Werth verloren hätte, aus seiner Pflicht, den casus zu tragen dem Herrn nur soviel zu ersetzen schuldig sein, als die Sache zur Zeit ihres Unterganges gegolten hat. Diese Annahme ist aber unmöglich, da seine ganze Verbindlichkeit nicht bloß in der begangnen culpa ihren Grund hat, sondern auch vollständig erfüllt ist, wenn er wegen der letzteren Ersatz leistet. Ganz andrer Art aber ist die Bestimmung des Paulus in l. 13. Dig. h. t. Hier heißt es, der Gestor, welcher eingegangne Gelder, anstatt sich und andre Gläubiger damit zu befriedigen, im Kasten aufbewahrt hat, soll das periculum für dieselben tragen, wenn er keinen genügenden Grund dafür hatte sie zurückzubehalten, er sich also eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ. Periculum bedeutet aber hier, wie unzweifelhaft aus den Worten: haec sine culpa mea perierunt hervorgeht periculum casus. Daß dieser Fall nicht mit dem in der l. 22. besprochnen zusammengestellt werden kann, ist offenbar. Hier ist die Haftung des Gestor für den casus nicht die natürliche Folge seiner Prästation der culpa; denn das Geld ist ohne sein Verschulden untergegangen, wie in den angeführten Worten ausgesprochen ist. Das Getreide verbrannte aber durch seinen Fehler. Hier haftet er, selbst wenn er noch so sorgfältig im Aufbewahren gewesen ist, dort trägt er den casus nur, wenn er selbst ihn direct herbeigeführt hat. Es liegt in dem von Paulus angeführten Fall allerdings eine Culpa vor; allein das eintretende Unglück war nicht eine Folge derselben, es

einzustehen, die Erben des Gestor dagegen müssen, weil das Interesse des Dominus gegen jede unberufne Thätigkeit geschützt werden soll, wie ihnen bei der Beendigung schon begonnener Angelegenheiten eine culpa levis zur Last fällt, so auch für jede Verschuldung ihres Erblassers aufkommen.

Ueber die letzte Pflicht des Gestor dem Herrn Rechnung abzulegen, und Alles auszuliefern, was er aus der Verwaltung in Händen hat [1], ist weiter Nichts hinzuzufügen. Die Restitutionsverbindlichkeit erstreckt sich auf Dasjenige, was er mit Unrecht empfangen hat; ihr Grund liegt in dem der Negotiorum Gestio eigenthümlichen Charakter.

§. 15. Berechtigungen des neg. gestor. Pflichten des dominus.

An die Verbindlichkeiten des Gestor knüpfen sich in der Darstellung unmittelbar seine Berechtigungen, und die hiermit meist zusammenfallenden Verpflichtungen des Dominus an. Als die wichtigste der ersteren erscheint sein Compensationsrecht [2], das er nicht bloß bei der Rechnungsablegung und Restitution der fremden Sachen an den Herrn üben, sondern auch, wenn der Richter in einem frühern Rechtsstreit über die geführte Verwaltung darauf keine Rücksicht genommen hat, nachmals mit der actio contraria selbstständig geltend machen kann [3]. Sind die rechtlichen Erfordernisse der Compensation vorhanden, so tritt sie ipso jure für den Geschäftsführer ein, seine Leistungspflicht vermindert sich also quantitativ von selbst durch sein unbedingt gültiges Forderungsrecht [4]. Daß dabei die über jene geltenden allgemeinen Grundsätze nicht verletzt werden dürfen, bedarf keiner Erwähnung, der Gestor wird nach diesen z. B. wenn er wegen eines eignen bei der Gestio verwendeten Capitals Zinsen vom Herrn verlangen darf, hingegen weil er eingezogne Gelder zu seinem eignen Nutzen verbraucht hat, diesem summas usuras leisten muß, nicht Zinsen mit Zinsen compensiren, sondern nur die schuldigen von der Summe der von ihm zu leistenden abziehen dürfen [5].

---

1) l. 2. l. 8. §. 1. l. 23. Dig. h. t. Kritz a. a. O. S. 374.

2) l. 11. l. 31. §. 3. Dig. h. t.

3) l. 8. §. 2. Dig. h. t.

4) l. 31. §. 3. cit. — ejus — pecuniae, quae purgatis necessariis sumtibus superest.

5) l. 12. Dig. de compensat. (XVI. 2.) — Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur.

Besonders bemerkenswerth ist das Compensationsrecht des Gestor bei gewagten Geschäften, bei welchen er, wie oben erwähnt wurde, für jeden casus einzustehen hat, während jeder erzielte Gewinn dem Herrn zufällt. In der hiervon handelnden l. 11. sagt Pomponius am Schluß: quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet. Diese Worte unterliegen einer doppelten Interpretation, die praktisch wesentlich verschiedne Resultate liefert. Entweder nämlich supplirt man zu dem „quibusdam" negotiis und nimmt an, die Compensation trete ein, wenn bei dem einen Geschäft ein lucrum gemacht worden sei, das andre dagegen ein damnum mit sich gebracht habe; oder man kann den Gestor auch schon dann für berechtigt zur Compensation halten, wenn Nutzen und Schaden bei einem und demselben Geschäft vorgekommen sind, dieses also theilweise (in quibusdam) glücklich, theilweise unglücklich abgelaufen ist. Außerdem entsteht hier auch noch die Frage, ob der durch Culpa veranlaßte Schaden compensirt werden soll, oder nur der rein zufällige?

Die Annahme, daß mehrere Geschäfte erfordert werden, um den Geschäftsführer den gemachten Gewinn abziehen zu lassen, hat sehr wenig für sich; denn in der That würde es dann fast in seinem Interesse liegen, statt eines gewagten Geschäfts mehrere einzugehen, um bei der harten Bestimmung der l. 11. sich wenigstens das Compensationsrecht zu verschaffen. Das Eingehen von nova et insolita negotia für den Herrn soll aber eben verhindert werden; richtiger läßt man daher die Compensation auch schon bei einem Geschäft zu. Die ratio legis, die wohl eben in der Absicht zu suchen ist, gewagte Geschäfte zu unterdrücken, spricht hiergegen nicht, und eine Milderung der strengen Haftung des Gestor liegt in dem angeführten Zusatz auch dann, wenn man den Grund jener Bestimmung darin findet, daß ein gewagtes Geschäft muthmaaßlich wider den Willen des Herrn eingegangen wird. — Praktisch wichtig ist auch die Frage, ob jede Art von Schaden mit dem gemachten Gewinn compensirt werden dürfe? Hinsichtlich des durch vorangegangene Culpa entstandenen ist dieß entschieden zu verneinen [1]). Das Compensationsrecht soll nur die außerordentliche Haftung des Gestor für den casus fortuitus mildern, eine Begünstigung wegen Verbindlichkeiten anzunehmen, die ihm stets obliegen, wäre durch Nichts gerechtfertigt und durchaus singulär. Für den Socius finden wir die ausdrückliche Be-

1) Diese Ansicht findet sich schon bei **Bart.** in der **Addit.** zur Glosse **ad l. 11.**

stimmung, daß er den Nutzen, den er seinem Gesellschafter verschafft hat, nicht mit dem durch seine Nachlässigkeit erwachsenen Schaden compensiren darf [1]). Selbst in dem Fall, wenn der Herr ungeachtet des durch Culpa eingetretenen Unglücksfalls noch aus dem Geschäft Nutzen zieht, muß daher der Gestor jenen vergüten, doch richtet sich diese Vergütung nicht nach der Größe des dem Herrn entzognen Vortheils, sondern nach dem Werth des Objects, abgesehen von der eingegangenen Unternehmung [2]). Dagegen kann der rein zufällige Schaden bis auf den gesammten Betrag des Nutzens compensirt werden, so daß dem Dominus von dem Gewinn Nichts übrig bleibt. Eine Compensation des bei gewöhnlichen Geschäften erzielten Gewinnes mit dem bei gewagten entstandenen Schaden kann begreiflicherweise nicht eintreten, da die Haftung des Gestor bei beiden eine ganz verschiedene ist. — Ein weiteres Recht des Geschäftsführers ist das Retentionsrecht. Wichtigkeit gewinnt es, wenn der animus negotia aliena gerendi, und somit auch die Absicht den Herrn zu obligiren fehlt. Da in diesem Fall dem Gestor die contraria actio nothwendig abgeht, so bleibt ihm nur die Retention [3]) um für die gemachten Auslagen Ersatz zu erhalten, sein Schutz bei der gegen ihn gerichteten directa actio ist also die doli mali exceptio [4]). Bedingung hierbei ist, daß er in bona fide gewesen, doch erhält auch der malae fidei possessor seine nothwendigen Auslagen officio judicis erstattet [5]).

Die Verpflichtung des Geschäftsherrn dem Gestor gegenüber besteht in einer vollständigen Schadloshaltung hinsichtlich der für ihn geführten Angelegenheiten. Diese geschieht indem er ihn erstens von seinen Verbindlichkeiten gegen Dritte, mit denen der Gestor als solcher contrahirt hatte, befreit, sodann aber durch Erstattung der gemachten Expensen sammt Zinsen. Die erstere Verpflichtung erfüllt er durch die Ratihabition; doch ist er außerdem noch schuldig, dem

---

1) l. 23. §. 1. l. 26. Dig. pro socio (XVII. 2.)

2) l. 22. Dig. h. t. s. f. Wenn z. B. der Gestor für 3000 Thaler Korn gekauft hat, und durch seine Schuld ein Drittheil verbrennt, so ersetzt er nur 1000 Thaler, wenn gleich in der Zeit zwischen dem Ankauf und dem Unglücksfall das Korn im Werth gestiegen ist, und eben wegen dieser voraussichtlichen Steigerung des Preises das Geschäft unternommen wurde.

3) l. 14. §. 1. Dig. comm. divid. (X. 3.) l. 33. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

4) l. 14. Dig. de dol. mal. except. (XLIV. 4.) l. 48. Dig. de rei vind. (VI. 1.)

5) const. 5. Cod. de rei vind. (III. 32.) — quum malae fidei possessores — nullam habeant repetitionem nisi necessarios sumtus fecerint.

Gestor wegen zukünftiger Ansprüche Gewähr zu leisten [1]). Von der Ersatzverbindlichkeit muß noch genauer die Rede sein [2]). So unbedingt die Regel gilt, daß dem Geschäftsführer seine Unkosten vergütet werden müssen, vorausgesetzt, daß nicht etwa ein spezielles Pactum die Entstehung einer jeden Klage aus der Negotiorum Gestio behindert [3]), oder er seiner Seits in liberaler Absicht gehandelt hat, ebenso unbedingt macht sich auch wieder das Prinzip der utilitas für den Herrn bei der Geschäftsführung geltend, wenn es sich um die Frage handelt, welche Ausgaben von diesem zu ersetzen sind [4]). Hieraus ergiebt sich, daß eine allgemeine Schätzung derselben für jeden einzelnen Fall nicht maaßgebend sein kann, vielmehr nach individuellen Rücksichten zu bestimmen ist, in wieweit der Geschäftsführer einen Anspruch gegen den Dominus hat. Die eigne Handlungsweise des Letzteren in einem ähnlichen Fall, oder im Allgemeinen bei Besorgung seiner Angelegenheiten, sein Stand und seine Verhältnisse werden meist am besten dem Richter Anleitung zur Entscheidung geben. Daneben ist allerdings nicht zu vergessen, daß der Gestor zur Anwendung des höchsten Fleißes verbunden ist, ein leichtsinniger Aufwand kann daher bei ihm nicht entschuldigt werden, selbst wenn der Herr ebenso zu handeln pflegte. Hier fragt es sich nicht ob die Gestio eine utilis war, oder nicht, hier liegt eine mala gestio vor, wegen welcher die Verurtheilung eintritt.

Der Einfluß dieses Grundsatzes läßt sich in den Bestimmungen unsrer Quellen über die Restitution der Impensen deutlich nachweisen.

Hinsichtlich der nothwendigen Auslagen von denen im Allgemeinen gilt, daß sie stets erstattet werden müssen, steht dem Gestor schon das Compensationsrecht zu [5]). Die utiles sind, wenn sie sich nach den Verhältnissen für den Herrn wirklich als solche herausstellen, ebenfalls zu erstatten [6]). Die voluptuariae dagegen brauchen nicht ersetzt

---

1) l. 31. §. 1. Dig. h. t.

2) l. 2. l. 10. l. 19. §. 4. l. 22. l. 25. l. 27. l. 28. l. 45. Dig. h. t. const. 2. 10. 16. 18. Cod. eod.

3) l. 10. cit. — nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

4) l. 45. cit.: Quae utiliter in negotia alicujus erogantur — peti possunt.

5) l. 31. §. 3. Dig. h. t. Ueber die Compensation der impensae necessariae vergl. l. 36. §. 5. Dig. de hered. pet. (V. 3.) l. 51. Dig. Famil. erciscd. (X. 2.)

6) l. 38. Dig. de rei vind. (VI. 1.) — bonus judex varie ex perso-

zu werden [1]), wenn sie nicht eben im concreten Fall utiliter gemacht wurden, was sehr wohl möglich ist. Das allgemeine Prinzip ist ja: die utiliter gemachten Auslagen werden vergütet, zu diesen gehören die nothwendigen unbedingt, die utiles muthmaaßlich und auch gewöhnlich, die voluptuariae ausnahmsweise, wenn ihre Verwendung im Sinn des Dominus lag.

Eine natürliche Folge der Verpflichtung dieses Letzteren ist endlich noch die Verzinsung des vom Geschäftsführer bei der Negotiorum Gestio aufgewendeten Capitals [2]). Die Zinsen sind die gewöhnlichen.

Dritter Abschnitt.

Von der actio negotiorum gestorum.

§. 16. Die actio neg. gest. im Verhältniß zu andern Klagen.

Von dem Ursprung der actio neg. gest. ist schon in der Einleitung die Rede gewesen, als die Gründe besprochen wurden, aus denen man das faktische Verhältniß der unaufgetragnen Geschäftsführung auch als rechtliches und klagbares aufzufassen anfing. Das Bedürfniß führte zur Annahme eines Quasicontracts zwischen dem Geschäftsherrn und Gestor, und hiermit war auctoritate prudentium und edicto Praetoris unsre Klage ins Leben gerufen [3]). Ihre Ausdehnung verdankt sie ihrer eignen Natur, die sie insofern das ganze Civilrecht durchdringen ließ, als ihre Merkmale weniger positive als negative, das heißt solche waren, die eine andre Klage ausschlossen. Zunächst für die Geschäftsführung gegeben, die ohne allen Auftrag zum Nutzen Abwesender und solcher Personen unternommen wurde, welche ihre Angelegenheiten selbst zu verwalten nicht im Stande waren, gewann sie allmählig Geltung bei jeder nicht schon anderweitig durch Eingehen eines Contracts oder sonstige Umstände gebotnen Geschäfts-

---

nis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddet impensam. — Finge pauperem, — sufficiet tibi permitti tollere —.

1) l. 27. Dig. h. t. — ob sumtus voluptatis causa factos — actionem non habere.

2) l. 19. §. 4. Dig. h. t. const. 18. Cod. eod.

3) l. 3. Dig. h. t. l. 5. pr. Dig. de oblig. et actbs. (XLIV. 7.) — Si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum.

besorgung, und fand außerdem noch Anwendung in den Fällen, wo eine Autorisation zu derselben zwar vorlag, diese aber ihrer Form nach eine Klage nicht hervorrufen konnte [1]). Indem sich aber die actio neg. gest. in dieser Art einerseits von der unaufgetragnen auf die nicht rechtsgültig mandirte, andrerseits von der absichtlichen auf die unabsichtliche Verwaltung ausbreitete, gerieth sie in genaue Berührung mit mehreren andern Klagen, insbesondre denjenigen, welche aus einer anderweitigen Geschäftsführung entstehen, und es bildete sich nothwendig ein zwischen diesen und jener obwaltendes bestimmtes Verhältniß aus, das um so mehr unsrer Beachtung und einer genaueren Darstellung werth ist, als sich bei ihm das Wesen und die Eigenthümlichkeit der actio neg. gest. am deutlichsten herausstellt.

Die Klagen, welche hier in Betracht kommen, sind: die actio mandati, die Theilungsklagen, die de in rem verso actio, die Condictionen, die Klage aus der Vormundschaft und Cura, und endlich die actio funeraria. Von allen diesen im Vergleich mit jener soll jetzt speziell die Rede sein.

I. Die Mandatsklage, welche von allen hier genannten der neg. gest. actio fast am schroffsten gegenüber zu stehen scheint, da sie aus einem Contract, den das Geben und Uebernehmen eines Auftrags ausmacht, entsteht, ist in ihrem Verhältniß zu der Klage aus der Negotiorum Gestio schon insofern betrachtet worden, als wir in einem früheren Capitel untersucht haben, welchen Einfluß die Ratihabition auf die Geschäftsführung äußert. Eine elective Concurrenz der actio mandati und neg. gest., wie sie von Cujas angenommen wird, ist als der Natur widersprechend in keinem Fall zulässig. — Zunächst bemerkenswerth ist hier für uns das Eintreten der neg. gest. actio, wenn zwar ein Auftrag vorliegt, aus diesem aber dennoch die Mandatsklage nicht entstehen kann. Dieß ist der Fall:

1) Wenn der Auftrag nicht gültig ertheilt wurde. Deßhalb hat Derjenige, welcher auf das Mandat des Pupillen ohne Autorität des Vormundes ein Begräbniß besorgt hat, die actio funeraria [2]), ist also ex negotiis gestis berechtigt.

2) Wenn die Uebernahme des Auftrags fehlerhaft war, das heißt

1) So tritt die neg. gest. actio ein: wenn ein Mandat nicht gültig gegeben (l. 19. §. 2. Dig. h. t.) oder ein Curator nicht gesetzlich bestellt worden ist (const. 6. Cod. eod.) oder der vom Vater ernannte Tutor des Posthumus als Gestor Desjenigen erscheint, der, da Jener gar nicht geboren wurde, die Erbschaft erhält (l. 29. Dig. h. t.).

2) l. 14. §. 15. Dig. de relig. et sumt. fun. (XI. 7.)

nicht freiwillig geschah. Daher entsteht zwischen dem Mandanten und dem Mandatar, wenn dieser sich irriger Weise für einen Sklaven hält die neg. gest. actio: — quia non libera voluntate exsequatur — sed quasi ex necessitate servili [1]).

3) Gehört gewissermaaßen auch der Fall hierher, wenn der theilweise Beauftragte das Mandat irrig für ausgedehnter hält, als es in der That ist, und daher bei der Besorgung theils als Mandatar, theils als Gestor erscheint. Hier tritt wegen eines Theils seiner Thätigkeit die actio mandati, wegen eines andern die actio neg. gest. ein. Einen solchen Fall giebt Papinian in der l. 32. Dig. h. t. Ein Bürge hat bekanntlich gegen Denjenigen, für den er gutsagte, entweder die Mandatsklage oder die Klage aus der unaufgetragnen Geschäftsführung, je nachdem er bei seinem Thun bevollmächtigt war oder nicht. Kauft nun der Bürge vom Gläubiger die wegen derselben Schuld bei ihm verpfändete Sache, so kann er, wenn er Auftrag erhalten hatte, die Bürgschaft zu übernehmen, mit der mandati actio gezwungen werden, dieselbe, nachdem er den Schuldbetrag abgezogen, mit den Früchten dem Schuldner zu restituiren [2]). Hat aber der Bürge aus Unkenntniß auch die für einen andern ihn gar nicht angehenden Contract bestellten Pfänder eingelöst, und dem Gläubiger sowohl den Betrag der ersten Schuld, für die er sich verbürgt hatte, als auch den der zweiten, für die Pfänder und Hypotheken bestellt waren, ausgezahlt, indem er glaubt, daß er sich auf diese Weise eher schadlos halten kann, so darf wegen dieser letzteren nicht gegen ihn die Mandatsklage angestellt werden, vielmehr tritt die neg. gest. actio ein. Nicht zu verwechseln mit diesem Fall ist übrigens das Verhältniß, das sich herausstellt, wenn die Gränzen des Mandats wissentlich überschritten worden sind. In dem Beispiel der l. 32. stehen zwei Handlungen des Geschäftsführers neben einander, von denen er eine beauftragt, die andre als Gestor vorgenommen hat; die Selbstständigkeit der zweiten, und die Möglichkeit sie ohne die erste ins Werk zu setzen, zeigt zur Genüge, daß ihre Ausführung nicht als Ueberschreitung des hinsichtlich der ersten gegebenen Mandats angesehen werden kann. Liegt eine solche Ueberschreitung vor, so kann selbst, wenn der Mandant einen positiven Nutzen davon hatte, die neg. gest. actio nicht gegeben werden. Was von Quellenstellen für ihre Zulässigkeit angeführt wird, gehört entweder gar nicht hier-

1) l. 19. §. 2. l. 6. §. 5. l. 36. Dig. h. t.
2) l. 59. §. 1. Dig. mandat. (XVII. 1.)

her [1]), oder enthält nur allgemeine Billigkeitssätze [2]), die wir nicht zulassen können, wo die Natur der Sache und die Römischen Juristen selbst für die gegentheilige Ansichten sprechen. So heißt es in l. 31. §. 4. ausdrücklich: voluntas finem facit erogationi, also wer den Willen des Dominus überschreitet, hat nicht die Klage, ebenso muß auch die l. 40. Dig. mandat. hierher bezogen werden, in der Paulus und Pomponius sagen, daß wegen eines gegen den ausdrücklichen Willen des Herrn besorgten Geschäfts nicht einmal eine utilis neg. gest. actio gegeben werden könne. In dem bestimmten Mandat, welches den erklärten Willen des Herrn, der als Richtschnur dienen muß, enthält, liegt ein Verbot, das die Klage unbedingt unmöglich macht [3]). Jedesmal mangelt es in diesem Fall an der utilitas, die nie vorhanden sein kann, wenn so gehandelt worden ist, wie der Herr seiner ausgesprochnen Absicht zufolge nicht gehandelt haben würde [4]).

Endlich tritt auch noch die neg. gest. actio an die Stelle der Mandatsklage, wenn ein Auftrag in der That gar nicht ertheilt, sondern nur irrthümlich angenommen, und hiernach gehandelt worden ist [5]).

In den bisher erwähnten Fällen sahen wir zwischen denselben Personen die neg. gest. actio neben der Mandatsklage, und für dieselbe auftreten, jedoch allemal in der Art, daß die erstere die letztere ersetzte. Bei einem Rechtsverhältniß aus einer Geschäftsführung, in welchem drei Personen einander selbstständig gegenüber stehen, erscheinen beide Klagen neben einander [6]), und zwar geschieht dieß allerdings wegen derselben Geschäftsbesorgung, nie aber zwischen denselben Personen. Sobald nämlich der Gegenstand des Mandats die Führung einer fremden Angelegenheit ist, entsteht nothwendig eine doppelte gegen-

---

1) l. 202. Dig. de verb. significat. (L. 16.)

2) l. 14. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

3) const. ult. Cod. h. t.

4) Gewöhnlich wird der Unterschied gemacht, ob etwas geradezu gegen (contra) das Mandat, oder nur ohne (praeter) Auftrag gethan ist. Vergl. Thibaut, System des Pand. R. §. 519. Im zweiten Fall soll die neg. gest. actio Platz greifen. Hiermit stimmt die vorgetragne Lehre überein, denn es ist durchaus nicht behauptet worden, daß der gegebne Auftrag jede weitere Negotiorum Gestio ausschließt, nur da wo diese mit dem Mandat (als dem ausgesprochnen Willen) in Widerspruch tritt, kann die actio contr. nicht entstehen. Vergl. l 3. §. 2. l. 4. l. 33. Dig. mand. (XVII. 1.)

5) l. 5. Dig. h. t.

6) l. 3. §. 11. Dig. h. t. — Et ego puto, utramque locum habere. Auch ist es möglich, daß an ein Mandat, das der Eine ertheilte, sich eine Negotiorum Gestio für einen Andern anknüpft. Const. 14. Cod. h. t.

seitige Verbindlichkeit, die aus dem Mandat und zweitens die ex negotiis gestis. Einer weitläufigen Untersuchung des sich hier ergebenden Verhältnisses bedarf es nicht, da bei diesem, wenn es sich um die Verpflichtung zwischen zweien dieser Personen handelt entweder die Grundsätze des Mandats oder der Negotiorum Gestio zur Anwendung kommen, und sich hieraus für das Verhältniß der beiden Klagen zu einander Nichts ergiebt. Der Mandatar hat zufolge seiner doppelten Qualität als Beauftragter des Mandanten und als Gestor des Dominus die mandati actio gegen jenen, die neg. gest. actio gegen diesen, ebenso steht dem Mandanten als solchem die Klage gegen den Geschäftsführer, und ihm als Mandatar oder Gestor des Herrn ein Anspruch gegen diesen zu; Letzterer endlich hat entweder die mandati oder neg. gest. actio gegen Denjenigen, der einem Dritten den Auftrag gab, und gegen den Dritten selbst die neg. gest. actio [1]). Nur die letztere Berechtigung und die hier entstehende Frage, welche Klage der Dominus zuerst anzustellen hat, bedarf einer weitern Erörterung. Dem Recht des Herrn den zweiten Mandatar mit der neg. gest. actio zu belangen, scheinen mehrere Stellen entgegenzustehen, insbesondre l. 53. Dig. mandat. und l. 1. §. 11. Dig. deposit. (XVI. 3.) auch sprechen l. 8. §. 3. Dig. mandat. und l. 28. Dig. h. t. dafür, daß durch das zweite Mandat durchaus kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Beauftragten seines Mandatars entstehe [2]). Allein genau besehen reden jene Frag-

---

1) Wenn Glück Comm. Bd. V. S. 332 sagt: „daß jedoch in einem solchem Fall der Eigenthümer auch gegen den Mandanten selbst mit der neg. „gest. actio klagen könne, wenn ihn etwa der Gestor nicht hinlänglich ent„schädigt haben sollte, ist außer Zweifel, weil Derjenige, der einem Dritten „die Besorgung eines fremden Geschäfts aufträgt, dem Eigenthümer billig „für allen Schaden haften muß, der durch die Nachlässigkeit des mandatarii „verursacht worden ist", so ist dieß ganz natürlich, vorausgesetzt der Mandant war Gestor des Dominus. Meint Glück aber, der Herr könne, selbst wenn Jener sein Mandatar war gegen ihn die neg. gest. actio anstellen, gleichsam in subsidium, weil der eigentliche Gestor nicht solvent ist, und Jener durch sein Mandat an Diesen das Verhältniß der Negotiorum Gestio veranlaßt hat, so ist das entschieden unrichtig und die leg. cit. (l. 21. §. ult. u. l. 28. Dig. h. t.) beweisen dafür gar Nichts. In diesem Fall war ja der Mandant als Mandatar des Dominus diesem schon und zwar zunächst aus dem Mandat gehalten, wie soll letzterer gegen ihn die neg. gest. actio haben können? Jene Fragmente sprechen von dem Fall, daß ein Gestor einen Mandatar bestellte. Besonders zu vergleichen sind für diese Frage noch: l. 3. §. ult. l. 4. Dig. h. t. const. 14. Cod. eod.

2) Mühlenbruch, Pandekt. Recht. Bd. II. §. 427.

mente nur davon, daß die Rechte, welche der beauftragte Mandant gegen seinen Mandatar erhält, nicht von selbst dem Herrn gegen diesen erwachsen. So soll nach l. 53. cit. der Bürge gegen seinen Mandanten allein, nicht auch gegen den Herrn, insofern dieser invitus oder ignorans war, die mandati actio haben, wohingegen diese Klage auch gegen den Herrn geht, wenn derselbe bei Ertheilung des Mandats an einen Dritten gegenwärtig und damit zufrieden war; ebenso heißt es in l. 1. §. 11. cit. die depositi actio stehe dem Herrn gegen den Depositar nicht sofort zu, wenn er den deponirten Gegenstand von einem Andern habe überbringen lassen, und der Depositar denselben von dem Ueberbringer in seinem, nicht in des Herrn Namen übernommen hat. Der Dominus muß sich hier von seinem Mandatar, der Deponent war, die Klage aus dem Depositum cediren lassen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß zwischen dem zweiten Mandatar und dem Herrn nicht die obligatio ex negotiis gestis entstehen kann, wenngleich dieß nicht nothwendig jedesmal der Fall ist [1]). Diese gegenseitige Obligation wird in ihrer Entstehung zwar durch den ersten Mandatar vermittelt, da er es ist, der durch sein weitres Mandiren den zweiten Mandatar und den Herrn zunächst in ein faktisches Verhältniß zu einander bringt, aus welchem ein rechtliches werden kann; allein die gegenseitige Verbindlichkeit zwischen diesen Beiden entspringt nicht aus der Substitution selbst, und die neg. gest. actio kann daher statthaft erscheinen, ohne daß man der Regel, daß zwischen dem Substituten des Mandatars und dem Mandanten kein Obligationsverhältniß eintritt, abzuweichen braucht. Die Substitution giebt nur der Entstehung des Quasicontracts der Negotiorum Gestio Raum, dieser bildet sich selbstständig neben ihr, und es kommt nur darauf an zu erfahren, unter welchen Bedingungen dieß geschehen kann. Der Substitut hat in jedem Fall den animus neg. alien. gerendi; dieser reicht an sich zur Begründung der neg. gest. actio in diesem Fall deßhalb nicht hin, weil sich in demselben wegen des ertheilten Mandats noch nicht die Absicht ausspricht für den Herrn zu handeln, und diesen verbindlich zu machen; angenommen, er hält die ihm aufgetragnen Geschäfte für die seines Mandanten, so liegt jener animus vor, und doch ist hier nur der Wille da, das Mandat zu erfüllen. Wenn er aber weiß, daß ein Andrer als sein Auftraggeber, Geschäftsherr ist, so kommt Alles darauf an, ob die besondere Berück-

---

1) l. 3. §. ult. l. 4. l. 46. Dig. h. t. const. 14. Cod. eod. Thibaut, Civilistische Abhandlungen. Abhdlg. 20. gegen F. G. Heinecken, de negotiatione, quam vocant speditoriam. Heidelberg. 1811. pag. 34 — 37.

sichtigung des Herrn der Beweggrund seiner Thätigkeit war; richtete sich die Contemplation auf den Dominus, so entsteht unzweifelhaft die neg. gest. actio. Ein Irrthum über die Person des Geschäftsherrn schadet hierbei Nichts, nur muß der Substitut, der hier nicht bloß als Mandatar, sondern wissentlich und absichtlich als Gestor auftritt, wissen, daß sein Auftraggeber nicht selbst Dominus ist; denn wenn er dieß annimmt, selbst wo es nicht der Fall ist, so konnte er nicht die Absicht haben als Gestor eine Person verbindlich machen zu wollen, vielmehr handelte er dann nothwendig mit dem Willen dem Mandanten Verpflichtungen aufzuerlegen, weßhalb er auch nur die mandati actio hat. Daher heißt es auch in l. 6. §. 4. — si et tuum (negotium) gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri, und es erklärt sich sehr einfach, wenn Ulpian in l. 3. §. 11. sagt: Apud Marcellum quaeritur: si, quum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utrāmque locum habere. Die hier schon vorher vorhandne Absicht, als Gestor aufzutreten, zeigt, daß bei Ausführung des nachfolgenden Mandats doch immer contemplatione des Herrn gehandelt worden ist. Dieselbe Absicht beim Gestor wird vorausgesetzt in const. 14. cit. Steht nun sonst kein Hinderniß im Wege, das heißt, ist utiliter und mit dem animus erogata recuperandi gehandelt worden, so hat der Substitut nicht als solcher, sondern weil er absichtlich für den Dominus dessen Geschäfte gerirte, die neg. gest. actio, er kann ihn zur Ratihabition zwingen, wogegen dieser auch wieder freiwillig ratihabiren, und die Klage gegen jenen anstellen darf. Die Haftung des Geschäftsführers ist übrigens möglicherweise dem Herrn gegenüber bedeutender als aus dem erhaltnen Mandat. Der Mandant kann nur von ihm die Ausführung des Auftrags fordern, Ersterer ihn aber auch unter Umständen wegen nicht besorgter Angelegenheiten in Anspruch nehmen.

Ist nun der Herr in dieser Art hinsichtlich seiner Rechte durch zwei Klagen verwahrt, durch die Mandatsklage gegen seinen Bevollmächtigten, und durch die neg. gest. actio gegen dessen Substituten, der als Gestor auftrat, so entsteht die Frage, ob er ohne Nachtheil befürchten zu müssen, beliebig die Wahl zwischen diesen beiden Klagen hat? Klagt er nun zuerst aus der Geschäftsführung, so kann er nachher, wenn er nicht vollständig befriedigt wird, immer noch seinen Mandatar belangen, jedoch natürlich nur wegen seines gegebnen Auftrags, nicht auch wegen des vom Gestor schuldvoll Unterlassenen. Klagt er zuerst gegen den Mandatar, so befreit sich dieser sofort von

dem Anspruch durch Cession der ihm gegen den Substituten zustehenden Klagen, der Dominus hat es also zugleich schon mit diesem zu thun. Liegt ein Mandat überhaupt gar nicht vor, sondern handelte schon der erste Geschäftsführer als Gestor, und der zweite contemplatione domini ebenfalls als solcher, so hat der Herr volle Freiheit, wen er belangen will.

Wir haben bisher gesehen, daß zuweilen die neg. gest. actio die Mandatsklage ersetzt, ferner daß wegen desselben Geschäfts beide neben einander aber gegen verschiedene Personen zustehen, zum Schluß ist noch das Eintreten der ersteren gegen einen Dritten wegen Unzulässigkeit der mandati actio gegen den Auftraggeber zu erwähnen. Hierher gehört der in l. 6. und 7. Dig. ad S. C. Vellej. (XVI. 1.) mitgetheilte Fall, in welchem die Bürgen, welche im Auftrag der Mutter für den Defensor ihres abwesenden Sohnes gutsagten, da sie wegen der exceptio S. C. Vellej. nicht gegen die Mutter klagen können, doch die neg. gest. actio gegen den Defensor haben sollen: quia pecunia fidejussoris liberatur.

II. Die Theilungsklagen. Von diesen kommen hier nur in Betracht die familiae erciscundae und die communi dividundo actio. Diese beiden Klagen treffen mit der neg. gest. actio zusammen, sobald eine Thätigkeit eines Miterben oder Miteigenthümers vorliegt, und dieser deßhalb Ansprüche erhebt, das Verhältniß der letztgenannten Klage zu den judiciis divisoriis ergiebt sich daher durch die Bestimmung der Fälle, in welchen die Geschäftsführung als Resultat der vorhandenen Communion, und der andern, in denen sie von dem coheres oder condominus in der Absicht eine neue Obligation zu begründen unternommen erscheint.

Das natürliche Interesse, das der Communions-Interessent an der gemeinschaftlichen Sache hat, rechtfertigt die an ihn gestellte Anforderung derselben eine gewisse Thätigkeit zuzuwenden [1]). Soweit also eine Verpflichtung zu der Geschäftsführung durch die Communion begründet ist, kann durch deren Erfüllung keine anderweitige Verbindlichkeit entstehen, vielmehr findet der Handelnde Schutz für seine Thätigkeit in demselben Rechtsverhältniß, in welchem der Grund zu seiner Verbindlichkeit lag. Wenn also der Communions-Interessent zu der Geschäftsbesorgung gezwungen war, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er zur Realisirung der ihm hieraus zustehenden An-

1) l. 14. pr. Dig. Comm. divid. (X. 3.) In hoc judicium hoc venit, quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit, se socium habere.

sprüche die Theilungsklage hat. Dasselbe tritt ein, wenn er für sich selbst nicht handeln konnte, ohne zugleich für die Mitbetheiligten thätig zu sein, da in diesem Fall sein Thun als Besorgung eigner Angelegenheiten erscheint und nicht als Folge eines animus neg. alien. gerendi, ohne den eine gegenseitige obligatio ex negotiis gestis nicht möglich ist, angesehen werden kann [1]). Wenn er hingegen da, wo er nicht verpflichtet war, aus freiem Antrieb als Gestor auftrat, oder wenn er mit dem animus gerendi Geschäfte führt, wegen deren Verwaltung überhaupt die betreffende Theilungsklage, gleichviel aus welchen Gründen, nicht möglich ist, in diesen Fällen ist die neg. gest. actio an ihrem Platz. Diesen Behauptungen scheinen aber einige Quellen zu widersprechen:

L. 31. §. 7. Dig. h. t. Papinianus libro II. Responsorum: Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur; sed qui sumtus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.

Papinian nimmt den Fall an, daß Mehrere gemeinschaftlich ein Grundstück haben, dem die Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht. Wenn nun einer der Miteigenthümer das Grundstück gegen die deßhalb angestellte Negatorienklage allein vertheidigt, so entscheidet das Urtheil nicht über die Rechte der dabei betheiligten Personen, sondern über das Recht der Sache. Wegen der bei diesem Streit gemachten Auslagen soll aber jener alleinige Vertheidiger die neg. gest. actio haben. Dieß erscheint auffallend, weil derselbe sein eignes Recht, da die Servitut eine res individua ist [2]), der Negatorienklage gegenüber nicht vertreten kann, ohne zugleich für die übrigen Communions-Interessenten zu handeln. Der Grund für die neg. gest. actio ließe sich nun vielleicht zunächst darin suchen, daß die in dem Rechtsstreit gemachten Ausgaben als zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache aufgewendet erscheinen, nicht als solche, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Rechts nöthig geworden sind, weil es sich hier nicht um ein persönliches Recht, sondern um ein Recht, das auf dem Grundstück haftet, handelt. Man könnte sagen, die Qualität der Sache werde hier bestritten, und wenn der Defensor diese in ihrem bisherigen Zustande, das heißt servitutberechtigt erhalten habe, so sei der Aufwand für diese gemacht, die neg. gest. actio also ganz an ihrem Platz; denn wir haben eine entscheidende Quellenstelle,

1) l. 40. Dig. h. t. const. 3. Cod. eod.

2) l. 4. §. 3. u. 4. Dig. si serv. vindic. (VIII. 5.) l. 25. §. 9. u. 10. Dig. famil. erciscd. (X. 2.)

welche diese Klage hinsichtlich der für die gemeinschaftliche Sache gemachten Expensen vorschreibt.

L. 19. §. 2. Dig. Comm. divid. (X. 3.) Paulus lib. VI. ad Sabinum. Si per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo vel pro socio agi posse — sed negotiorum gestorum agendum.

Allein mit dieser Erklärung ist die Schwierigkeit nicht beseitigt, denn auch mit der com. divid. actio werden die Verwendungen, die für die Sache selbst gemacht worden sind, wiedergefordert [1]), und man hat daher wieder ein Recht nach dem Grund zu fragen, aus welchem Pomponius in der l. 19. cit. die neg. gest. actio giebt.

Das Erscheinen dieser Klage in der l. 31. cit. ist gewiß nicht daraus zu erklären, daß in dem dort besprochnen Fall die Verwendungen nicht sowohl für das Recht als für die Sache gemacht worden sind; angenommen aber, es wäre dieß richtig, so ist der Grund, weßhalb bei Expensen dieser Art die neg. gest. actio gegeben wird, da doch in andern Fällen wegen derselben die comm. divid. actio zusteht, hiermit noch nicht aufgefunden, und die Anführung eines zweiten Falles mit gleicher Entscheidung kann nur die Frage wiederholen lassen, nicht aber sie lösen. Es ist vielmehr zu behaupten, daß die von einem Communions-Interessenten gemachten Verwendungen für die gemeinschaftliche Sache mit der betreffenden Theilungsklage pro rata beigetrieben werden können; in den beiden angeführten Fällen jedoch ist die Auslage nicht für die Sache gemacht. In der l. 31. cit. streitet ein Miteigenthümer für die Servitutberechtigung seines Grundstücks, die sententia wird zwar für das Grundstück gegeben, daraus darf man aber nicht abnehmen, daß Jener für das theilbare Prädium processirt hat. Immer hat er zunächst für die Servitutberechtigung gestritten, die Servitut ist aber eine untheilbare Sache, und eben deßhalb können die auf ihre Erhaltung gemachten Verwendungen nicht mit der Theilungsklage eingefordert werden. In der l. 19. §. 2. wird der Fall angenommen, daß Mehreren das jus viae zusteht. Macht nun einer der Berechtigten Verwendungen auf den Weg, so kann er seine Auslagen von den Uebrigen nicht mit der comm. divid. actio fordern, da der Weg selbst nicht gemeinschaftlich ist, sondern nur das untheilbare Recht auf demselben gehen zu dürfen. Deßwegen sagt Paulus mit Recht: durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse. Der neg. gest. actio steht hier,

1) l. 4. §. 3. l. 5. l. 6. §. 3. Dig. com. divid. (X. 3.)

tung in diesem Fall verringert, ist die Abwendung des positiven Schadens, den der Herr außerdem unbedingt erlitten haben würde. In der Bewahrung vor einem mehr oder weniger unersetzlichen Nachtheil liegt aber die Beförderung des höchsten Nutzens.

2) Andrerseits auch für den casus und zwar aus verschiednen Gründen:

a) In Folge freier Uebereinkunft, insofern es denkbar ist, daß zwei Personen für den Fall einer in der Zukunft möglichen Geschäftsführung des Einen für den Andern ein spezielles Pactum abschließen, nach welchem der künftige Gestor für den casus einstehen soll [1]).

b) Wenn der Gestor für den Geschäftsherrn nova et insolita negotia geführt hat. In Betreff dieser, heißt es in l. 11. Dig. h. t. soll ihn der ganze Schaden treffen, dem Dominus hingegen der erwachsne Gewinn zufallen. Diese strenge Haftungspflicht ist, wie schon bemerkt wurde, auferlegt, um den Herrn vor einem frivolen Speculiren Seitens eines Dritten mit seinem Vermögen zu schützen, wird aber vollständig durch die Betrachtung gerechtfertigt, daß hier nur dann utiliter vom Gestor gehandelt worden war, wenn sich wirklich ein Nutzen herausstellte. Welche Geschäfte übrigens als nova et insolita anzusehen sind, kann erst im concreten Fall mit Sicherheit entschieden werden. Jedenfalls kommt hier viel auf den Stand und die Verhältnisse des Geschäftsherrn an, nach denen das Arbitrium des Richters sich zu bestimmen hat [2]).

c) Wenn dem casus eine culpa voranging. Dieser Fall hat einige Schwierigkeit. Daß eine jede vorausgehende culpa die Prästation eines nachfolgenden casus nach sich ziehe, wird Niemand behaupten wollen; denn sonst müßte der Gestor, welcher nachlässig bei dem Einkauf einer Sache handelte, indem er sie über den Werth bezahlte, den

---

1) const. 22. Cod. h. t. Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur. Diese Constitution ist verschieden interpretirt worden: a) wie es im Text geschehen ist. b) Dahin, daß angenommen wurde, die Kaiser sprächen im Allgemeinen von fremden Geschäftsführern, ohne spezielle Rücksicht auf die neg. gestores im engern Sinn. c) Daß sie von einem Pactum handle, das ein Dritter mit dem Gestor abgeschlossen habe. d) Die Worte: non interveniente speciali pacto sollen den Grund der Entscheidung enthalten: weil ein Pactum hier nicht eintreten kann. Auch hat man statt: pactum, factum lesen wollen: Bynkershöck, Observ. Jur. Rom. lib. I. cap. 7.

2) Selbst Lotteriespiel für den Herrn, was Glück Bd. V. S. 365. beispielsweise anführt, kann nicht unbedingt als novum et insolitum negotium gelten. Wie, z. B. wenn der Herr selbst zu spielen pflegte? —

Schaden tragen, wenn diese später ohne sein Verschulden unterging. Ebensowenig ist es zu verkennen, daß, wenn der casus unmittelbar durch die culpa herbeigeführt wurde, die Verbindlichkeit, ihn zu tragen, schon in der Haftung für die letztere liegt, durchaus also als eine selbstständige Verpflichtung nicht erscheinen kann. Dieß ist der Fall der l. 22. Dig. h. t. Gajus sagt: wer als Gestor Getreide eingekauft hat, kann, selbst wenn dasselbe später untergegangen ist, seine gemachten Auslagen wieder fordern: Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit. Der Geschäftsführer muß hier für die übeln Folgen seines Fehlers einstehen, selbst wenn diese einen zufälligen Charakter angenommen haben, er haftet daher für den casus nur nach Maaßgabe seiner Verpflichtung wegen begangner culpa. Wäre seine Haftung für den casus unabhängig von der Prästation dieser, so würde er, wenn das Getreide in der Zeit zwischen dem Kaufe und dem Untergange gestiegen wäre, nicht bloß seine Forderung verlieren, sondern dem Herrn auch noch den höhern Werth vergüten müssen, im umgekehrten Fall, wenn die untergegangne Sache an Werth verloren hätte, aus seiner Pflicht, den casus zu tragen dem Herrn nur soviel zu ersetzen schuldig sein, als die Sache zur Zeit ihres Unterganges gegolten hat. Diese Annahme ist aber unmöglich, da seine ganze Verbindlichkeit nicht bloß in der begangnen culpa ihren Grund hat, sondern auch vollständig erfüllt ist, wenn er wegen der letzteren Ersatz leistet. Ganz andrer Art aber ist die Bestimmung des Paulus in l. 13. Dig. h. t. Hier heißt es, der Gestor, welcher eingegangne Gelder, anstatt sich und andre Gläubiger damit zu befriedigen, im Kasten aufbewahrt hat, soll das periculum für dieselben tragen, wenn er keinen genügenden Grund dafür hatte sie zurückzubehalten, er sich also eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ. Periculum bedeutet aber hier, wie unzweifelhaft aus den Worten: haec sine culpa mea perierunt hervorgeht periculum casus. Daß dieser Fall nicht mit dem in der l. 22. besprochnen zusammengestellt werden kann, ist offenbar. Hier ist die Haftung des Gestor für den casus nicht die natürliche Folge seiner Prästation der culpa; denn das Geld ist ohne sein Verschulden untergegangen, wie in den angeführten Worten ausgesprochen ist. Das Getreide verbrannte aber durch seinen Fehler. Hier haftet er, selbst wenn er noch so sorgfältig im Aufbewahren gewesen ist, dort trägt er den casus nur, wenn er selbst ihn direct herbeigeführt hat. Es liegt in dem von Paulus angeführten Fall allerdings eine Culpa vor; allein das eintretende Unglück war nicht eine Folge derselben, es

hätte sich nur nicht ereignen können, wenn es der Herr nicht an der schuldigen diligentia fehlen ließ. Die Culpa ist daher in beiden Fällen eine durchaus verschiedne und in dem letzten derselben tritt die Haftung für den casus zwar nur deßhalb weil ihm eine Verschuldung voranging, dennoch aber ganz selbstständig ein. Der Ersatz für die Culpa würde auf die Vergütung der dem Herrn anderweitig durch die nicht erfolgte Zahlung erwachsenen Nachtheile (z. B. wenn er in mora gekommen, oder in eine Conventionalstrafe verfallen ist) sich beschränken, die weitre Verantwortlichkeit entsteht wegen der mala gestio, durch die der casus möglich geworden ist [1]).

Mit Unrecht hat man dagegen eine Verpflichtung des Gestor für den Zufall einzustehen angenommen, wenn er zur Realisirung seiner Ansprüche an den Dominus nur eine Klage auf Bereicherung hat [2]), also wenn der Letztere ein Pupill ist, oder er selbst in gewinnsüchtiger Absicht (wenngleich mit dem animus neg. alien. gerendi; denn ohne diesen hat er gar keine Klage) sich der fremden Angelegenheiten annahm. Nur insofern seine Berechtigung dem Dominus gegenüber beschränkt ist, trägt hier der Gestor die Gefahr des Zufalls, durchaus also nicht unbedingt. Wenn der Geschäftsführer gewagte Speculationen unternimmt, dann haftet er direct für den casus in seinem vollen Umfang; hier aber handelt es sich darum, ob der Unglücksfall die Bereicherung, die außerdem eingetreten sein würde, absorbirt. Sobald dieß nicht der Fall ist, sobald jene dennoch die Höhe seines Anspruchs erreicht, kann auch der Gestor seine ganze Forderung geltend machen, ohne den Betrag des durch den casus eingetretnen Schadens von ihr abzuziehen. Ebenso soll der Geschäftsführer, wenn er gegen den ausdrücklichen Willen des Herrn dessen Geschäfte geführt hat, für die Folgen eines Unglücksfalls, der sich ohne seine Einmischung nicht zugetragen hätte, einstehen [3]). Hierfür beruft man sich auf die Schlußworte der l. 8. §. 3. Dig. h. t. — ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium, neque per se ipsum aliquid damni sentiat; allein es ist in dieser Stelle nur davon die Rede, ob die Klage aus der Geschäftsführung gegen Denjenigen gegeben

---

1) Zu vergleichen ist auch l. 37. §. 1. Dig. h. t.

2) Thibaut, System des Pand. R. §. 629. nimmt diese Haftung an, wenn der Gestor in arglistigen Absichten die Verwaltung anfing. Mühlenbruch, Pand. R. §. 435. wenn er bei der Geschäftsführung lediglich seinen Vortheil bezweckte.

3) Mühlenbruch a. a. O. Der Gestor trägt die Gefahr des Zufalls: wenn er wider den bestimmt erklärten Willen des Prinzipals sich eingemischt hat.

werden könne, dessen Socius dem Gestor diese untersagt hat, und Ulpian meint, gegen ihn, von dem das Verbot nicht ausgegangen wäre, bleibe die Klage bestehen, jedoch in der Art, daß daraus für den Andern durchaus keine übeln Folgen erwachsen dürften. Von einer Obligation zwischen dem Gestor und dem Verbietenden wird gar nicht gesprochen, also auch nicht von einer aus dieser folgenden Prästation. Ebensowenig kann die Bestimmung der l. 11. hierher bezogen werden, denn der Grund von der dort gegebnen Entscheidung ist nicht darin zu suchen, daß der Herr solche Geschäfte verboten haben würde, selbst wenn dieß aber der Fall wäre, könnten die Wirkungen eines Verbots hinsichtlich gewisser Geschäfte nicht ohne weiteres auch eintreten, wenn die Gestio einem gewissen Geschäftsführer untersagt wurde.

Haben sich mehrere Gestoren der Verwaltung unterzogen, und den Geschäftsbetrieb unter sich getheilt, so haftet jeder derselben nur für die übernommnen negotia, wenn er sie entweder vernachlässigt oder schlecht geführt hat [1]). Was endlich die Verbindlichkeit der Erben eines Gestor betrifft, so haben diese stets culpa levis zu leisten. Unbedenklich scheint dieß in dem Fall, sobald sie freiwillig die von ihrem Erblasser übernommne Geschäftsführung fortsetzen, zweifelhafter wenn sie, wie es ihre Pflicht ist, nur die begonnenen Geschäfte beendigen. Ganz besonders widerstreitet aber der gewöhnlichen Meinung die Behauptung, daß die Erben auch für die von dem defunctus begangne culpa levis einzustehen haben. Gewöhnlich wird nämlich nur ihre Verantwortlichkeit für culpa lata angenommen, und man pflegt sich hierfür auf die const. 17. Cod. h. t. zu berufen, wo es heißt, daß die Erben eines Curator nur dolus und culpa lata zu prästiren hätten, wenn sie mit der neg. gest. actio utilis belangt würden [2]). Gegen den hieraus auf alle negotiorum gestores gezognen Schluß läßt sich jedoch einwenden, daß die Haftung des Curator in jedem Fall eine von der des unbeauftragten Geschäftsführers durchaus verschiedne ist. Jener hat wie der Tutor nur diligentia quam suis, dieser wie der Mandatar omnem culpam zu leisten [3]). Die Erben des Curator brauchen also ebendeßhalb, weil ihr Erblasser sich nicht freiwillig der Besorgung fremder Geschäfte unterzog, nur für culpa lata

---

1) l. 26. Dig. h. t.

2) Vergl. Thibaut, Pandekt. Recht. Bd. II. §. 629: „Die Erben des Geschäftsführers können aber nur wegen der culpa lata verantwortlich gemacht werden.“ Die im Text vertheidigte Ansicht findet sich schon in der Glosse ad const. 17. cit. Glück a. a. O. S. 368.

3) Hasse, Culpa. §. 95. S. 370 u. 371.

einzustehen, die Erben des Gestor dagegen müssen, weil das Interesse des Dominus gegen jede unberufne Thätigkeit geschützt werden soll, wie ihnen bei der Beendigung schon begonnener Angelegenheiten eine culpa levis zur Last fällt, so auch für jede Verschuldung ihres Erblassers aufkommen.

Ueber die letzte Pflicht des Gestor dem Herrn Rechnung abzulegen, und Alles auszuliefern, was er aus der Verwaltung in Händen hat [1]), ist weiter Nichts hinzuzufügen. Die Restitutionsverbindlichkeit erstreckt sich auf Dasjenige, was er mit Unrecht empfangen hat; ihr Grund liegt in dem der Negotiorum Gestio eigenthümlichen Charakter.

§. 15. Berechtigungen des neg. gestor. Pflichten des dominus.

An die Verbindlichkeiten des Gestor knüpfen sich in der Darstellung unmittelbar seine Berechtigungen, und die hiermit meist zusammenfallenden Verpflichtungen des Dominus an. Als die wichtigste der ersteren erscheint sein Compensationsrecht [2]), das er nicht bloß bei der Rechnungsablegung und Restitution der fremden Sachen an den Herrn üben, sondern auch, wenn der Richter in einem frühern Rechtsstreit über die geführte Verwaltung darauf keine Rücksicht genommen hat, nachmals mit der actio contraria selbstständig geltend machen kann [3]). Sind die rechtlichen Erfordernisse der Compensation vorhanden, so tritt sie ipso jure für den Geschäftsführer ein, seine Leistungspflicht vermindert sich also quantitativ von selbst durch sein unbedingt gültiges Forderungsrecht [4]). Daß dabei die über jene geltenden allgemeinen Grundsätze nicht verletzt werden dürfen, bedarf keiner Erwähnung, der Gestor wird nach diesen z. B. wenn er wegen eines eignen bei der Gestio verwendeten Capitals Zinsen vom Herrn verlangen darf, hingegen weil er eingezogne Gelder zu seinem eignen Nutzen verbraucht hat, diesem summas usuras leisten muß, nicht Zinsen mit Zinsen compensiren, sondern nur die schuldigen von der Summe der von ihm zu leistenden abziehen dürfen [5]).

---

1) l. 2. l. 8. §. 1. l. 23. Dig. h. t. Kritz a. a. O. S. 374.

2) l. 11. l. 31. §. 3. Dig. h. t.

3) l. 8. §. 2. Dig. h. t.

4) l. 31. §. 3. cit. — ejus — pecuniae, quae purgatis necessariis sumtibus superest.

5) l. 12. Dig. de compensat. (XVI. 2.) — Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet ejus, quod invicem debetur.

Besonders bemerkenswerth ist das Compensationsrecht des Gestor bei gewagten Geschäften, bei welchen er, wie oben erwähnt wurde, für jeden casus einzustehen hat, während jeder erzielte Gewinn dem Herrn zufällt. In der hiervon handelnden l. 11. sagt Pomponius am Schluß: quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet. Diese Worte unterliegen einer doppelten Interpretation, die praktisch wesentlich verschiedne Resultate liefert. Entweder nämlich supplirt man zu dem „quibusdam" negotiis und nimmt an, die Compensation trete ein, wenn bei dem einen Geschäft ein lucrum gemacht worden sei, das andre dagegen ein damnum mit sich gebracht habe; oder man kann den Gestor auch schon dann für berechtigt zur Compensation halten, wenn Nutzen und Schaden bei einem und demselben Geschäft vorgekommen sind, dieses also theilweise (in quibusdam) glücklich, theilweise unglücklich abgelaufen ist. Außerdem entsteht hier auch noch die Frage, ob der durch Culpa veranlaßte Schaden compensirt werden soll, oder nur der rein zufällige?

Die Annahme, daß mehrere Geschäfte erfordert werden, um den Geschäftsführer den gemachten Gewinn abziehen zu lassen, hat sehr wenig für sich; denn in der That würde es dann fast in seinem Interesse liegen, statt eines gewagten Geschäfts mehrere einzugehen, um bei der harten Bestimmung der l. 11. sich wenigstens das Compensationsrecht zu verschaffen. Das Eingehen von nova et insolita negotia für den Herrn soll aber eben verhindert werden; richtiger läßt man daher die Compensation auch schon bei einem Geschäft zu. Die ratio legis, die wohl eben in der Absicht zu suchen ist, gewagte Geschäfte zu unterdrücken, spricht hiergegen nicht, und eine Milderung der strengen Haftung des Gestor liegt in dem angeführten Zusatz auch dann, wenn man den Grund jener Bestimmung darin findet, daß ein gewagtes Geschäft muthmaaßlich wider den Willen des Herrn eingegangen wird. — Praktisch wichtig ist auch die Frage, ob jede Art von Schaden mit dem gemachten Gewinn compensirt werden dürfe? Hinsichtlich des durch vorangegangene Culpa entstandenen ist dieß entschieden zu verneinen [1]). Das Compensationsrecht soll nur die außerordentliche Haftung des Gestor für den casus fortuitus mildern, eine Begünstigung wegen Verbindlichkeiten anzunehmen, die ihm stets obliegen, wäre durch Nichts gerechtfertigt und durchaus singulär. Für den Socius finden wir die ausdrückliche Be=

1) Diese Ansicht findet sich schon bei **Bart.** in der **Addit.** zur Glosse **ad l. 11.**

stimmung, daß er den Nutzen, den er seinem Gesellschafter verschafft hat, nicht mit dem durch seine Nachlässigkeit erwachsenen Schaden compensiren darf [1]). Selbst in dem Fall, wenn der Herr ungeachtet des durch Culpa eingetretenen Unglücksfalls noch aus dem Geschäft Nutzen zieht, muß daher der Gestor jenen vergüten, doch richtet sich diese Vergütung nicht nach der Größe des dem Herrn entzognen Vortheils, sondern nach dem Werth des Objects, abgesehen von der eingegangenen Unternehmung [2]). Dagegen kann der rein zufällige Schaden bis auf den gesammten Betrag des Nutzens compensirt werden, so daß dem Dominus von dem Gewinn Nichts übrig bleibt. Eine Compensation des bei gewöhnlichen Geschäften erzielten Gewinnes mit dem bei gewagten entstandenen Schaden kann begreiflicherweise nicht eintreten, da die Haftung des Gestor bei beiden eine ganz verschiedene ist. — Ein weiteres Recht des Geschäftsführers ist das Retentionsrecht. Wichtigkeit gewinnt es, wenn der animus negotia aliena gerendi, und somit auch die Absicht den Herrn zu obligiren fehlt. Da in diesem Fall dem Gestor die contraria actio nothwendig abgeht, so bleibt ihm nur die Retention [3]) um für die gemachten Auslagen Ersatz zu erhalten, sein Schutz bei der gegen ihn gerichteten directa actio ist also die doli mali exceptio [4]). Bedingung hierbei ist, daß er in bona fide gewesen, doch erhält auch der malae fidei possessor seine nothwendigen Auslagen officio judicis erstattet [5]).

Die Verpflichtung des Geschäftsherrn dem Gestor gegenüber besteht in einer vollständigen Schadloshaltung hinsichtlich der für ihn geführten Angelegenheiten. Diese geschieht indem er ihn erstens von seinen Verbindlichkeiten gegen Dritte, mit denen der Gestor als solcher contrahirt hatte, befreit, sodann aber durch Erstattung der gemachten Expensen sammt Zinsen. Die erstere Verpflichtung erfüllt er durch die Ratihabition; doch ist er außerdem noch schuldig, dem

---

1) l. 23. §. 1. l. 26. Dig. pro socio (XVII. 2.)

2) l. 22. Dig. h. t. s. f. Wenn z. B. der Gestor für 3000 Thaler Korn gekauft hat, und durch seine Schuld ein Drittheil verbrennt, so ersetzt er nur 1000 Thaler, wenn gleich in der Zeit zwischen dem Ankauf und dem Unglücksfall das Korn im Werth gestiegen ist, und eben wegen dieser voraussichtlichen Steigerung des Preises das Geschäft unternommen wurde.

3) l. 14. §. 1. Dig. comm. divid. (X. 3.) l. 33. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

4) l. 14. Dig. de dol. mal. except. (XLIV. 4.) l. 48. Dig. de rei vind. (VI. 1.)

5) const. 5. Cod. de rei vind. (III. 32.) — quum malae fidei possessores — nullam habeant repetitionem nisi necessarios sumtus fecerint.

Gestor wegen zukünftiger Ansprüche Gewähr zu leisten [1]). Von der Ersatzverbindlichkeit muß noch genauer die Rede sein [2]). So unbedingt die Regel gilt, daß dem Geschäftsführer seine Unkosten vergütet werden müssen, vorausgesetzt, daß nicht etwa ein spezielles Pactum die Entstehung einer jeden Klage aus der Negotiorum Gestio behindert [3]), oder er seiner Seits in liberaler Absicht gehandelt hat, ebenso unbedingt macht sich auch wieder das Prinzip der utilitas für den Herrn bei der Geschäftsführung geltend, wenn es sich um die Frage handelt, welche Ausgaben von diesem zu ersetzen sind [4]). Hieraus ergiebt sich, daß eine allgemeine Schätzung derselben für jeden einzelnen Fall nicht maaßgebend sein kann, vielmehr nach individuellen Rücksichten zu bestimmen ist, in wieweit der Geschäftsführer einen Anspruch gegen den Dominus hat. Die eigne Handlungsweise des Letzteren in einem ähnlichen Fall, oder im Allgemeinen bei Besorgung seiner Angelegenheiten, sein Stand und seine Verhältnisse werden meist am besten dem Richter Anleitung zur Entscheidung geben. Daneben ist allerdings nicht zu vergessen, daß der Gestor zur Anwendung des höchsten Fleißes verbunden ist, ein leichtsinniger Aufwand kann daher bei ihm nicht entschuldigt werden, selbst wenn der Herr ebenso zu handeln pflegte. Hier fragt es sich nicht ob die Gestio eine utilis war, oder nicht, hier liegt eine mala gestio vor, wegen welcher die Verurtheilung eintritt.

Der Einfluß dieses Grundsatzes läßt sich in den Bestimmungen unsrer Quellen über die Restitution der Impensen deutlich nachweisen.

Hinsichtlich der nothwendigen Auslagen von denen im Allgemeinen gilt, daß sie stets erstattet werden müssen, steht dem Gestor schon das Compensationsrecht zu [5]). Die utiles sind, wenn sie sich nach den Verhältnissen für den Herrn wirklich als solche herausstellen, ebenfalls zu erstatten [6]). Die voluptuariae dagegen brauchen nicht ersetzt

---

1) l. 31. §. 1. Dig. h. t.

2) l. 2. l. 10. l. 19. §. 4. l. 22. l. 25. l. 27. l. 28. l. 45. Dig. h. t. const. 2. 10. 16. 18. Cod. eod.

3) l. 10. cit. — nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

4) l. 45. cit.: Quae utiliter in negotia alicujus erogantur — peti possunt.

5) l. 31. §. 3. Dig. h. t. Ueber die Compensation der impensae necessariae vergl. l. 36. §. 5. Dig. de hered. pet. (V. 3.) l. 51. Dig. Famil. erciscd. (X. 2.)

6) l. 38. Dig. de rei vind. (VI. 1.) — bonus judex varie ex perso-

zu werden [1]), wenn sie nicht eben im concreten Fall utiliter gemacht wurden, was sehr wohl möglich ist. Das allgemeine Prinzip ist ja: die utiliter gemachten Auslagen werden vergütet, zu diesen gehören die nothwendigen unbedingt, die utiles muthmaaßlich und auch gewöhnlich, die voluptuariae ausnahmsweise, wenn ihre Verwendung im Sinn des Dominus lag.

Eine natürliche Folge der Verpflichtung dieses Letzteren ist endlich noch die Verzinsung des vom Geschäftsführer bei der Negotiorum Gestio aufgewendeten Capitals [2]). Die Zinsen sind die gewöhnlichen.

Dritter Abschnitt.

Von der actio negotiorum gestorum.

§. 16. Die actio neg. gest. im Verhältniß zu andern Klagen.

Von dem Ursprung der actio neg. gest. ist schon in der Einleitung die Rede gewesen, als die Gründe besprochen wurden, aus denen man das faktische Verhältniß der unaufgetragnen Geschäftsführung auch als rechtliches und klagbares aufzufassen anfing. Das Bedürfniß führte zur Annahme eines Quasicontracts zwischen dem Geschäftsherrn und Gestor, und hiermit war auctoritate prudentium und edicto Praetoris unsre Klage ins Leben gerufen [3]). Ihre Ausdehnung verdankt sie ihrer eignen Natur, die sie insofern das ganze Civilrecht durchdringen ließ, als ihre Merkmale weniger positive als negative, das heißt solche waren, die eine andre Klage ausschlossen. Zunächst für die Geschäftsführung gegeben, die ohne allen Auftrag zum Nutzen Abwesender und solcher Personen unternommen wurde, welche ihre Angelegenheiten selbst zu verwalten nicht im Stande waren, gewann sie allmählig Geltung bei jeder nicht schon anderweitig durch Eingehen eines Contracts oder sonstige Umstände gebotnen Geschäfts-

---

nis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddet impensam. — Finge pauperem, — sufficiet tibi permitti tollere —.

1) l. 27. Dig. h. t. — ob sumtus voluptatis causa factos — actionem non habere.

2) l. 19. §. 4. Dig. h. t. const. 18. Cod. eod.

3) l. 3. Dig. h. t. l. 5. pr. Dig. de oblig. et actbs. (XLIV. 7.) — Si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum.

besorgung, und fand außerdem noch Anwendung in den Fällen, wo eine Autorisation zu derselben zwar vorlag, diese aber ihrer Form nach eine Klage nicht hervorrufen konnte [1]). Indem sich aber die actio neg. gest. in dieser Art einerseits von der unaufgetragnen auf die nicht rechtsgültig mandirte, andrerseits von der absichtlichen auf die unabsichtliche Verwaltung ausbreitete, gerieth sie in genaue Berührung mit mehreren andern Klagen, insbesondre denjenigen, welche aus einer anderweitigen Geschäftsführung entstehen, und es bildete sich nothwendig ein zwischen diesen und jener obwaltendes bestimmtes Verhältniß aus, das um so mehr unsrer Beachtung und einer genauren Darstellung werth ist, als sich bei ihm das Wesen und die Eigenthümlichkeit der actio neg. gest. am deutlichsten herausstellt.

Die Klagen, welche hier in Betracht kommen, sind: die actio mandati, die Theilungsklagen, die de in rem verso actio, die Condictionen, die Klage aus der Vormundschaft und Cura, und endlich die actio funeraria. Von allen diesen im Vergleich mit jener soll jetzt speziell die Rede sein.

I. Die Mandatsklage, welche von allen hier genannten der neg. gest. actio fast am schroffsten gegenüber zu stehen scheint, da sie aus einem Contract, den das Geben und Uebernehmen eines Auftrags ausmacht, entsteht, ist in ihrem Verhältniß zu der Klage aus der Negotiorum Gestio schon insofern betrachtet worden, als wir in einem früheren Capitel untersucht haben, welchen Einfluß die Ratihabition auf die Geschäftsführung äußert. Eine elective Concurrenz der actio mandati und neg. gest., wie sie von Cujas angenommen wird, ist als der Natur widersprechend in keinem Fall zulässig. — Zunächst bemerkenswerth ist hier für uns das Eintreten der neg. gest. actio, wenn zwar ein Auftrag vorliegt, aus diesem aber dennoch die Mandatsklage nicht entstehen kann. Dieß ist der Fall:

1) Wenn der Auftrag nicht gültig ertheilt wurde. Deßhalb hat Derjenige, welcher auf das Mandat des Pupillen ohne Autorität des Vormundes ein Begräbniß besorgt hat, die actio funeraria [2]), ist also ex negotiis gestis berechtigt.

2) Wenn die Uebernahme des Auftrags fehlerhaft war, das heißt

1) So tritt die neg. gest. actio ein: wenn ein Mandat nicht gültig gegeben (l. 19. §. 2. Dig. h. t.) oder ein Curator nicht gesetzlich bestellt worden ist (const. 6. Cod. eod.) oder der vom Vater ernannte Tutor des Posthumus als Gestor Desjenigen erscheint, der, da Jener gar nicht geboren wurde, die Erbschaft erhält (l. 29. Dig. h. t.).

2) l. 14. §. 15. Dig. de relig. et sumt. fun. (XI. 7.)

nicht freiwillig geschah. Daher entsteht zwischen dem Mandanten und dem Mandatar, wenn dieser sich irriger Weise für einen Sklaven hält die neg. gest. actio: — quia non libera voluntate exsequatur — sed quasi ex necessitate servili [1]).

3) Gehört gewissermaaßen auch der Fall hierher, wenn der theilweise Beauftragte das Mandat irrig für ausgedehnter hält, als es in der That ist, und daher bei der Besorgung theils als Mandatar, theils als Gestor erscheint. Hier tritt wegen eines Theils seiner Thätigkeit die actio mandati, wegen eines andern die actio neg. gest. ein. Einen solchen Fall giebt Papinian in der l. 32. Dig. h. t. Ein Bürge hat bekanntlich gegen Denjenigen, für den er gutsagte, entweder die Mandatsklage oder die Klage aus der unaufgetragnen Geschäftsführung, je nachdem er bei seinem Thun bevollmächtigt war oder nicht. Kauft nun der Bürge vom Gläubiger die wegen derselben Schuld bei ihm verpfändete Sache, so kann er, wenn er Auftrag erhalten hatte, die Bürgschaft zu übernehmen, mit der mandati actio gezwungen werden, dieselbe, nachdem er den Schuldbetrag abgezogen, mit den Früchten dem Schuldner zu restituiren [2]). Hat aber der Bürge aus Unkenntniß auch die für einen andern ihn gar nicht angehenden Contract bestellten Pfänder eingelöst, und dem Gläubiger sowohl den Betrag der ersten Schuld, für die er sich verbürgt hatte, als auch den der zweiten, für die Pfänder und Hypotheken bestellt waren, ausgezahlt, indem er glaubt, daß er sich auf diese Weise eher schadlos halten kann, so darf wegen dieser letzteren nicht gegen ihn die Mandatsklage angestellt werden, vielmehr tritt die neg. gest. actio ein. Nicht zu verwechseln mit diesem Fall ist übrigens das Verhältniß, das sich herausstellt, wenn die Gränzen des Mandats wissentlich überschritten worden sind. In dem Beispiel der l. 32. stehen zwei Handlungen des Geschäftsführers neben einander, von denen er eine beauftragt, die andre als Gestor vorgenommen hat; die Selbstständigkeit der zweiten, und die Möglichkeit sie ohne die erste ins Werk zu setzen, zeigt zur Genüge, daß ihre Ausführung nicht als Ueberschreitung des hinsichtlich der ersten gegebenen Mandats angesehen werden kann. Liegt eine solche Ueberschreitung vor, so kann selbst, wenn der Mandant einen positiven Nutzen davon hatte, die neg. gest. actio nicht gegeben werden. Was von Quellenstellen für ihre Zulässigkeit angeführt wird, gehört entweder gar nicht hier-

1) l. 19. §. 2. l. 6. §. 5. l. 36. Dig. h. t.
2) l. 59. §. 1. Dig. mandat. (XVII. 1.)

her [1]), oder enthält nur allgemeine Billigkeitssätze [2]), die wir nicht zulassen können, wo die Natur der Sache und die Römischen Juristen selbst für die gegentheilige Ansichten sprechen. So heißt es in l. 31. §. 4. ausdrücklich: voluntas finem facit erogationi, also wer den Willen des Dominus überschreitet, hat nicht die Klage, ebenso muß auch die l. 40. Dig. mandat. hierher bezogen werden, in der Paulus und Pomponius sagen, daß wegen eines gegen den ausdrücklichen Willen des Herrn besorgten Geschäfts nicht einmal eine utilis neg. gest. actio gegeben werden könne. In dem bestimmten Mandat, welches den erklärten Willen des Herrn, der als Richtschnur dienen muß, enthält, liegt ein Verbot, das die Klage unbedingt unmöglich macht [3]). Jedesmal mangelt es in diesem Fall an der utilitas, die nie vorhanden sein kann, wenn so gehandelt worden ist, wie der Herr seiner ausgesprochnen Absicht zufolge nicht gehandelt haben würde [4]).

Endlich tritt auch noch die neg. gest. actio an die Stelle der Mandatsklage, wenn ein Auftrag in der That gar nicht ertheilt, sondern nur irrthümlich angenommen, und hiernach gehandelt worden ist [5]).

In den bisher erwähnten Fällen sahen wir zwischen denselben Personen die neg. gest. actio neben der Mandatsklage, und für dieselbe auftreten, jedoch allemal in der Art, daß die erstere die letztere ersetzte. Bei einem Rechtsverhältniß aus einer Geschäftsführung, in welchem drei Personen einander selbstständig gegenüber stehen, erscheinen beide Klagen neben einander [6]), und zwar geschieht dieß allerdings wegen derselben Geschäftsbesorgung, nie aber zwischen denselben Personen. Sobald nämlich der Gegenstand des Mandats die Führung einer fremden Angelegenheit ist, entsteht nothwendig eine doppelte gegen-

1) l. 202. Dig. de verb. significat. (L. 16.)

2) l. 14. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

3) const. ult. Cod. h. t.

4) Gewöhnlich wird der Unterschied gemacht, ob etwas geradezu gegen (contra) das Mandat, oder nur ohne (praeter) Auftrag gethan ist. Vergl. Thibaut, System des Pand. R. §. 519. Im zweiten Fall soll die neg. gest. actio Platz greifen. Hiermit stimmt die vorgetragne Lehre überein, denn es ist durchaus nicht behauptet worden, daß der gegebne Auftrag jede weitere Negotiorum Gestio ausschließt, nur da wo diese mit dem Mandat (als dem ausgesprochnen Willen) in Widerspruch tritt, kann die actio contr. nicht entstehen. Vergl. l 3. §. 2. l. 4. l. 33. Dig. mand. (XVII. 1.)

5) l. 5. Dig. h. t.

6) l. 3. §. 11. Dig. h. t. — Et ego puto, utramque locum habere. Auch ist es möglich, daß an ein Mandat, das der Eine ertheilte, sich eine Negotiorum Gestio für einen Andern anknüpft. Const. 14. Cod. h. t.

seitige Verbindlichkeit, die aus dem Mandat und zweitens die ex negotiis gestis. Einer weitläufigen Untersuchung des sich hier ergebenden Verhältnisses bedarf es nicht, da bei diesem, wenn es sich um die Verpflichtung zwischen zweien dieser Personen handelt entweder die Grundsätze des Mandats oder der Negotiorum Gestio zur Anwendung kommen, und sich hieraus für das Verhältniß der beiden Klagen zu einander Nichts ergiebt. Der Mandatar hat zufolge seiner doppelten Qualität als Beauftragter des Mandanten und als Gestor des Dominus die mandati actio gegen jenen, die neg. gest. actio gegen diesen, ebenso steht dem Mandanten als solchem die Klage gegen den Geschäftsführer, und ihm als Mandatar oder Gestor des Herrn ein Anspruch gegen diesen zu; Letzterer endlich hat entweder die mandati oder neg. gest. actio gegen Denjenigen, der einem Dritten den Auftrag gab, und gegen den Dritten selbst die neg. gest. actio [1]). Nur die letztere Berechtigung und die hier entstehende Frage, welche Klage der Dominus zuerst anzustellen hat, bedarf einer weitern Erörterung. Dem Recht des Herrn den zweiten Mandatar mit der neg. gest. actio zu belangen, scheinen mehrere Stellen entgegenzustehen, insbesondre l. 53. Dig. mandat. und l. 1. §. 11. Dig. deposit. (XVI. 3.) auch sprechen l. 8. §. 3. Dig. mandat. und l. 28. Dig. h. t. dafür, daß durch das zweite Mandat durchaus kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Beauftragten seines Mandatars entstehe [2]). Allein genau besehen reden jene Frag-

---

1) Wenn Glück Comm. Bd. V. S. 332 sagt: „daß jedoch in einem solchem Fall der Eigenthümer auch gegen den Mandanten selbst mit der neg. „gest. actio klagen könne, wenn ihn etwa der Gestor nicht hinlänglich entschädigt haben sollte, ist außer Zweifel, weil Derjenige, der einem Dritten „die Besorgung eines fremden Geschäfts aufträgt, dem Eigenthümer billig „für allen Schaden haften muß, der durch die Nachlässigkeit des mandatarii „verursacht worden ist", so ist dieß ganz natürlich, vorausgesetzt der Mandant war Gestor des Dominus. Meint Glück aber, der Herr könne, selbst wenn Jener sein Mandatar war gegen ihn die neg. gest. actio anstellen, gleichsam in subsidium, weil der eigentliche Gestor nicht solvent ist, und Jener durch sein Mandat an Diesen das Verhältniß der Negotiorum Gestio veranlaßt hat, so ist das entschieden unrichtig und die leg. cit. (l. 21. §. ult. u. l. 28. Dig. h. t.) beweisen dafür gar Nichts. In diesem Fall war ja der Mandant als Mandatar des Dominus diesem schon und zwar zunächst aus dem Mandat gehalten, wie soll letzterer gegen ihn die neg. gest. actio haben können? Jene Fragmente sprechen von dem Fall, daß ein Gestor einen Mandatar bestellte. Besonders zu vergleichen sind für diese Frage noch: l. 3. §. ult. l. 4. Dig. h. t. const. 14. Cod. eod.

2) Mühlenbruch, Pandekt. Recht. Bd. II. §. 427.

mente nur davon, daß die Rechte, welche der beauftragte Mandant gegen seinen Mandatar erhält, nicht von selbst dem Herrn gegen diesen erwachsen. So soll nach l. 53. cit. der Bürge gegen seinen Mandanten allein, nicht auch gegen den Herrn, insofern dieser invitus oder ignorans war, die mandati actio haben, wohingegen diese Klage auch gegen den Herrn geht, wenn derselbe bei Ertheilung des Mandats an einen Dritten gegenwärtig und damit zufrieden war; ebenso heißt es in l. 1. §. 11. cit. die depositi actio stehe dem Herrn gegen den Depositar nicht sofort zu, wenn er den deponirten Gegenstand von einem Andern habe überbringen lassen, und der Depositar denselben von dem Ueberbringer in seinem, nicht in des Herrn Namen übernommen hat. Der Dominus muß sich hier von seinem Mandatar, der Deponent war, die Klage aus dem Depositum cediren lassen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß zwischen dem zweiten Mandatar und dem Herrn nicht die obligatio ex negotiis gestis entstehen kann, wenngleich dieß nicht nothwendig jedesmal der Fall ist [1]). Diese gegenseitige Obligation wird in ihrer Entstehung zwar durch den ersten Mandatar vermittelt, da er es ist, der durch sein weitres Mandiren den zweiten Mandatar und den Herrn zunächst in ein faktisches Verhältniß zu einander bringt, aus welchem ein rechtliches werden kann; allein die gegenseitige Verbindlichkeit zwischen diesen Beiden entspringt nicht aus der Substitution selbst, und die neg. gest. actio kann daher statthaft erscheinen, ohne daß man der Regel, daß zwischen dem Substituten des Mandatars und dem Mandanten kein Obligationsverhältniß eintritt, abzuweichen braucht. Die Substitution giebt nur der Entstehung des Quasicontracts der Negotiorum Gestio Raum, dieser bildet sich selbstständig neben ihr, und es kommt nur darauf an zu erfahren, unter welchen Bedingungen dieß geschehen kann. Der Substitut hat in jedem Fall den animus neg. alien. gerendi; dieser reicht an sich zur Begründung der neg. gest. actio in diesem Fall deßhalb nicht hin, weil sich in demselben wegen des ertheilten Mandats noch nicht die Absicht ausspricht für den Herrn zu handeln, und diesen verbindlich zu machen; angenommen, er hält die ihm aufgetragnen Geschäfte für die seines Mandanten, so liegt jener animus vor, und doch ist hier nur der Wille da, das Mandat zu erfüllen. Wenn er aber weiß, daß ein Andrer als sein Auftraggeber, Geschäftsherr ist, so kommt Alles darauf an, ob die besondere Berück-

1) l. 3. §. ult. l. 4. l. 46. Dig. h. t. const. 14. Cod. eod. Thibaut, Civilistische Abhandlungen. Abhdlg. 20. gegen F. G. Heinecken, de negotiatione, quam vocant speditoriam. Heidelberg. 1811. pag. 34 — 37.

sichtigung des Herrn der Beweggrund seiner Thätigkeit war; richtete sich die Contemplation auf den Dominus, so entsteht unzweifelhaft die neg. gest. actio. Ein Irrthum über die Person des Geschäftsherrn schadet hierbei Nichts, nur muß der Substitut, der hier nicht bloß als Mandatar, sondern wissentlich und absichtlich als Gestor auftritt, wissen, daß sein Auftraggeber nicht selbst Dominus ist; denn wenn er dieß annimmt, selbst wo es nicht der Fall ist, so konnte er nicht die Absicht haben als Gestor eine Person verbindlich machen zu wollen, vielmehr handelte er dann nothwendig mit dem Willen dem Mandanten Verpflichtungen aufzuerlegen, weßhalb er auch nur die mandati actio hat. Daher heißt es auch in l. 6. §. 4. — si et tuum (negotium) gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri, und es erklärt sich sehr einfach, wenn Ulpian in l. 3. §. 11. sagt: Apud Marcellum quaeritur: si, quum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere. Die hier schon vorher vorhandne Absicht, als Gestor aufzutreten, zeigt, daß bei Ausführung des nachfolgenden Mandats doch immer contemplatione des Herrn gehandelt worden ist. Dieselbe Absicht beim Gestor wird vorausgesetzt in const. 14. cit. Steht nun sonst kein Hinderniß im Wege, das heißt, ist utiliter und mit dem animus erogata recuperandi gehandelt worden, so hat der Substitut nicht als solcher, sondern weil er absichtlich für den Dominus dessen Geschäfte gerirte, die neg. gest. actio, er kann ihn zur Ratihabition zwingen, wogegen dieser auch wieder freiwillig ratihabiren, und die Klage gegen jenen anstellen darf. Die Haftung des Geschäftsführers ist übrigens möglicherweise dem Herrn gegenüber bedeutender als aus dem erhaltnen Mandat. Der Mandant kann nur von ihm die Ausführung des Auftrags fordern, Ersterer ihn aber auch unter Umständen wegen nicht besorgter Angelegenheiten in Anspruch nehmen.

Ist nun der Herr in dieser Art hinsichtlich seiner Rechte durch zwei Klagen verwahrt, durch die Mandatsklage gegen seinen Bevollmächtigten, und durch die neg. gest. actio gegen dessen Substituten, der als Gestor auftrat, so entsteht die Frage, ob er ohne Nachtheil befürchten zu müssen, beliebig die Wahl zwischen diesen beiden Klagen hat? Klagt er nun zuerst aus der Geschäftsführung, so kann er nachher, wenn er nicht vollständig befriedigt wird, immer noch seinen Mandatar belangen, jedoch natürlich nur wegen seines gegebnen Auftrags, nicht auch wegen des vom Gestor schuldvoll Unterlassenen. Klagt er zuerst gegen den Mandatar, so befreit sich dieser sofort von

dem Anspruch durch Cession der ihm gegen den Substituten zustehenden Klagen, der Dominus hat es also zugleich schon mit diesem zu thun. Liegt ein Mandat überhaupt gar nicht vor, sondern handelte schon der erste Geschäftsführer als Gestor, und der zweite contemplatione domini ebenfalls als solcher, so hat der Herr volle Freiheit, wen er belangen will.

Wir haben bisher gesehen, daß zuweilen die neg. gest. actio die Mandatsklage ersetzt, ferner daß wegen desselben Geschäfts beide neben einander aber gegen verschiedene Personen zustehen, zum Schluß ist noch das Eintreten der ersteren gegen einen Dritten wegen Unzulässigkeit der mandati actio gegen den Auftraggeber zu erwähnen. Hierher gehört der in l. 6. und 7. Dig. ad S. C. Vellej. (XVI. 1.) mitgetheilte Fall, in welchem die Bürgen, welche im Auftrag der Mutter für den Defensor ihres abwesenden Sohnes gutsagten, da sie wegen der exceptio S. C. Vellej. nicht gegen die Mutter klagen können, doch die neg. gest. actio gegen den Defensor haben sollen: quia pecunia fidejussoris liberatur.

II. Die Theilungsklagen. Von diesen kommen hier nur in Betracht die familiae erciscundae und die communi dividundo actio. Diese beiden Klagen treffen mit der neg. gest. actio zusammen, sobald eine Thätigkeit eines Miterben oder Miteigenthümers vorliegt, und dieser deßhalb Ansprüche erhebt, das Verhältniß der letztgenannten Klage zu den judiciis divisoriis ergiebt sich daher durch die Bestimmung der Fälle, in welchen die Geschäftsführung als Resultat der vorhandenen Communion, und der andern, in denen sie von dem coheres oder condominus in der Absicht eine neue Obligation zu begründen unternommen erscheint.

Das natürliche Interesse, das der Communions-Interessent an der gemeinschaftlichen Sache hat, rechtfertigt die an ihn gestellte Anforderung derselben eine gewisse Thätigkeit zuzuwenden [1]). Soweit also eine Verpflichtung zu der Geschäftsführung durch die Communion begründet ist, kann durch deren Erfüllung keine anderweitige Verbindlichkeit entstehen, vielmehr findet der Handelnde Schutz für seine Thätigkeit in demselben Rechtsverhältniß, in welchem der Grund zu seiner Verbindlichkeit lag. Wenn also der Communions-Interessent zu der Geschäftsbesorgung gezwungen war, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er zur Realisirung der ihm hieraus zustehenden An-

---

1) l. 14. pr. Dig. Comm. divid. (X. 3.) In hoc judicium hoc venit, quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit, se socium habere.

sprüche die Theilungsklage hat. Dasselbe tritt ein, wenn er für sich selbst nicht handeln konnte, ohne zugleich für die Mitbetheiligten thätig zu sein, da in diesem Fall sein Thun als Besorgung eigner Angelegenheiten erscheint und nicht als Folge eines animus neg. alien. gerendi, ohne den eine gegenseitige obligatio ex negotiis gestis nicht möglich ist, angesehen werden kann [1]). Wenn er hingegen da, wo er nicht verpflichtet war, aus freiem Antrieb als Gestor auftrat, oder wenn er mit dem animus gerendi Geschäfte führt, wegen deren Verwaltung überhaupt die betreffende Theilungsklage, gleichviel aus welchen Gründen, nicht möglich ist, in diesen Fällen ist die neg. gest. actio an ihrem Platz. Diesen Behauptungen scheinen aber einige Quellen zu widersprechen:

L. 31. §. 7. Dig. h. t. Papinianus libro II. Responsorum: Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur; sed qui sumtus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.

Papinian nimmt den Fall an, daß Mehrere gemeinschaftlich ein Grundstück haben, dem die Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht. Wenn nun einer der Miteigenthümer das Grundstück gegen die deßhalb angestellte Negatorienklage allein vertheidigt, so entscheidet das Urtheil nicht über die Rechte der dabei betheiligten Personen, sondern über das Recht der Sache. Wegen der bei diesem Streit gemachten Auslagen soll aber jener alleinige Vertheidiger die neg. gest. actio haben. Dieß erscheint auffallend, weil derselbe sein eignes Recht, da die Servitut eine res individua ist [2]), der Negatorienklage gegenüber nicht vertreten kann, ohne zugleich für die übrigen Communions-Interessenten zu handeln. Der Grund für die neg. gest. actio ließe sich nun vielleicht zunächst darin suchen, daß die in dem Rechtsstreit gemachten Ausgaben als zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache aufgewendet erscheinen, nicht als solche, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Rechts nöthig geworden sind, weil es sich hier nicht um ein persönliches Recht, sondern um ein Recht, das auf dem Grundstück haftet, handelt. Man könnte sagen, die Qualität der Sache werde hier bestritten, und wenn der Defensor diese in ihrem bisherigen Zustande, das heißt servitutberechtigt erhalten habe, so sei der Aufwand für diese gemacht, die neg. gest. actio also ganz an ihrem Platz; denn wir haben eine entscheidende Quellenstelle,

1) l. 40. Dig. h. t. const. 3. Cod. eod.

2) l. 4. §. 3. u. 4. Dig. si serv. vindic. (VIII. 5.) l. 25. §. 9. u. 10. Dig. famil. erciscd. (X. 2.)

welche diese Klage hinsichtlich der für die gemeinschaftliche Sache gemachten Expensen vorschreibt.

L. 19. §. 2. Dig. Comm. divid. (X. 3.) Paulus lib. VI. ad Sabinum. Si per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo vel pro socio agi posse — sed negotiorum gestorum agendum.

Allein mit dieser Erklärung ist die Schwierigkeit nicht beseitigt, denn auch mit der com. divid. actio werden die Verwendungen, die für die Sache selbst gemacht worden sind, wiedergefordert [1]), und man hat daher wieder ein Recht nach dem Grund zu fragen, aus welchem Pomponius in der l. 19. cit. die neg. gest. actio giebt.

Das Erscheinen dieser Klage in der l. 31. cit. ist gewiß nicht daraus zu erklären, daß in dem dort besprochnen Fall die Verwendungen nicht sowohl für das Recht als für die Sache gemacht worden sind; angenommen aber, es wäre dieß richtig, so ist der Grund, weßhalb bei Expensen dieser Art die neg. gest. actio gegeben wird, da doch in andern Fällen wegen derselben die comm. divid. actio zusteht, hiermit noch nicht aufgefunden, und die Anführung eines zweiten Falles mit gleicher Entscheidung kann nur die Frage wiederholen lassen, nicht aber sie lösen. Es ist vielmehr zu behaupten, daß die von einem Communions-Interessenten gemachten Verwendungen für die gemeinschaftliche Sache mit der betreffenden Theilungsklage pro rata beigetrieben werden können; in den beiden angeführten Fällen jedoch ist die Auslage nicht für die Sache gemacht. In der l. 31. cit. streitet ein Miteigenthümer für die Servitutberechtigung seines Grundstücks, die sententia wird zwar für das Grundstück gegeben, daraus darf man aber nicht abnehmen, daß Jener für das theilbare Prädium processirt hat. Immer hat er zunächst für die Servitutberechtigung gestritten, die Servitut ist aber eine untheilbare Sache, und eben deßhalb können die auf ihre Erhaltung gemachten Verwendungen nicht mit der Theilungsklage eingefordert werden. In der l. 19. §. 2. wird der Fall angenommen, daß Mehreren das jus viae zusteht. Macht nun einer der Berechtigten Verwendungen auf den Weg, so kann er seine Auslagen von den Uebrigen nicht mit der comm. divid. actio fordern, da der Weg selbst nicht gemeinschaftlich ist, sondern nur das untheilbare Recht auf demselben gehen zu dürfen. Deßwegen sagt Paulus mit Recht: durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse. Der neg. gest. actio steht hier,

---

1) l. 4. §. 3. l. 5. l. 6. §. 3. Dig. com. divid. (X. 3.)

wo offenbar mit dem animus neg. alien. gerendi gehandelt worden ist, Nichts im Wege.

Die oben aufgestellte Regel, daß wegen der Geschäftsführung eines Communions=Interessenten die betreffende Theilungsklage Anwendung findet, wenn jene, das gemeinschaftliche Object direct berührend, so beschaffen war, daß der Handelnde durch sein eignes Interesse zu der Gestio für Alle gezwungen wurde, weil er die Geschäfte seines Antheils allein nicht führen konnte, außerdem aber, wenn er dieß zu thun im Stande war, die neg. gest. actio wegen vorliegender Absicht fremde Geschäfte zu führen anzustellen ist, giebt für alle Fälle, in denen ein Communions=Interessent mit dem Bewußtsein handelte, noch andere Mitbetheiligte zu haben die Entscheidung. Verkauft er also z. B. die gemeinschaftliche Sache, so kann er wegen Erstattung des Kaufpreises mit der neg. gest. actio belangt werden, weil er seinen Antheil allein verkaufen konnte, und er daher den Kaufpreis nicht in Folge der bestehenden Gemeinschaft, sondern in Folge seiner freiwilligen Geschäftsführung in Händen hat [1]). Ebenso entsteht diese Klage für den Fall, daß eine gemeinschaftliche Schuld gezahlt worden ist. Da er hier für sich allein hätte handeln können, so erscheint die Zahlung der übrigen Parten als das Resultat seiner Absicht, die Geschäfte der übrigen Schuldner zu führen. Ist aber für den Fall der unterlassenen Zahlung eine Conventionalstrafe festgesetzt, oder ein Pfand für die Schuld bestellt, so muß einer der Interessenten, sofern er jener nicht verfallen, oder dieses auslösen will, den ganzen Betrag bezahlen, er wird daher, wenn er dieß thut, die Theilungsklage gegen seine Mitschuldner haben. Nicht zu verkennen ist es aber, daß die in dieser Art bestimmte Gränze der neg. gest. actio später zu ihren Gunsten überschritten wurde. Ein Beispiel davon giebt uns die const. 3. Cod. h. t., wo die Kaiser Severus und Antoninus für den Fall einer Pfandauslösung durch den Bruder als Miterben die neg. gest. actio zulassen. Diese Entscheidung ist auffällig, weil sie in entschiedenem Widerspruch mit den in l. 25. §. 14. 15. u. 16. Dig. famil. erciscd. (X. 2.) vorgetragenen Grundsätzen steht. Der Zwang für den coheres, die ganze Schuld zu bezahlen, da außerdem das Pfand nicht eingelöst wurde (§. 14. cit.) läßt hier die actio famil. erciscd. und für den Fall ihrer Consumtion, weil sie schon einmal angestellt worden war, die comm. divid. actio Platz greifen [2]). Ja, in dem §. 16. wird ausdrücklich

1) const. 20. Cod. famil. erciscd. (III. 36.)

2) l. 20. §. 4. Dig. famil. erciscd. (X. 2.)

erwähnt, der dominus negotii habe in einem solchen Fall, wo der coheres gezwungen seine Geschäfte mitbesorge, nicht den Anspruch auf solchen Fleiß, wie er von dem freiwilligen Gestor fordern könne, es stehe ihm daher die neg. gest. actio nicht zu.

Die Zulassung dieser Klage in der Entscheidung der const. 3. cit. und die somit eintretende Concurrenz derselben mit der famil. erciscd. actio ist offenbar ein Ergebniß der Absicht, die neg. gest. actio nicht in allzu enge Gränzen einzuschließen. Ein ihr Entstehen behindernder Mangel an einem der allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse liegt nicht vor, da der animus neg. alien. gerendi bei der Auslösung des für eine gemeinschaftliche Schuld bestellten Pfandes nothwendig anzunehmen ist, abgesehen von diesem übrigens die actio directa hier schon deßhalb würde angestellt werden können, weil ein negotium ipso gestu pertinens, also ein objectiv fremdes Geschäft geführt worden ist. Eine andere Frage ist es, ob sich der coheres die an und für sich zulässige neg. gest. actio directa gefallen zu lassen braucht, da er als Gestor einer strengern Haftungspflicht unterliegt, als wenn er nur als Miterbe betrachtet, und verklagt wird. Die angeführte Constitution spricht nur von der contraria actio. Es ist bisher von dem Verhältniß der Theilungsklage zu der neg. gest. actio die Rede gewesen, sofern ein Communions-Interessent für die sämmtlichen Betheiligten handelte, gleichviel übrigens ob er dieselben kannte, oder sich in ihrer Person irrte [1]). Auch in dem letztern Fall wird er, wie die neg. gest. actio zulässig sein kann, so unter Umständen die comm. divid. oder die famil. erciscd. actio haben. Anders gestaltet sich jedoch das Verhältniß, wenn er nur in eignem Namen gehandelt hat. Hier steht ihm lediglich ein Retentionsrecht [2]) zu, belangt werden kann er aber nach den Verhältnissen mit verschiedenen Klagen. So wird der Miterbe ihn, wenn er nachmals die Communion anerkannt, mit der famil. erciscd. actio, außerdem aber auch mit der hereditatis petitio belangen können, der Miteigenthümer hat die comm. divid. actio oder auch möglicherweise die neg. gest. actio, wenn Jener ein ihm an sich schon angehöriges Geschäft geführt hat.

III. Die de in rem verso actio. Diese Klage wurde aus Rücksichten der Billigkeit zunächst wegen der Geschäftsführung einer hausunterthänigen Person dem dritten Contrahenten gegen den Hausherrn gegeben, wenn aus dem Vermögen des Ersteren in dessen Nutzen

1) l. 6. pr. l. 29. Dig. comm. (X. 3.)

2) l. 14. §. 1. Dig. eod. — Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo.

etwas verwendet worden war. Später ließ man sie unter derselben Voraussetzung gegen den Dominus wegen eines von seinem selbstständigen und freien Gestor mit einem dritten eingegangenen Contracts zu. Um die Stellung dieser Klage zu der neg. gest. actio zur Anschauung zu bringen, haben wir insbesondere zwei Fälle hervorzuheben:

1) Wenn die Geschäfte einer hausunterthänigen Person gerirt worden sind, so hat der Gestor zwei Personen, an die er sich nach den Verhältnissen halten kann: den Sohn oder Sklaven, und zweitens den Vater oder Herrn [1]). Die Klagen die ihn überhaupt zustehen können, sind: die de in rem verso, de peculio und die neg. gest. actio. Gegen den Sohn geht die letztere in solidum [2]), sofern sein Peculium ein solches ist, das er selbst administrirt und wegen dessen er selbstständig belangt werden kann, wie das peculium castrense. Gegen den Vater sind Klagen möglich in Folge seiner doppelten Qualität als Vertreter des Hausunterthänigen, und außerdem selbstständig gegen ihn. Hat also ein Haussohn ein peculium adventitium ordinarium, und es ist für ihn von einem Dritten in Betreff der bona materna ein Negotium gerirt worden, so hat sich der Vater als Vertreter des Sohnes auf die Klage einzulassen [3]). Außerdem können aber gegen ihn gerichtet werden:

a) Die de peculio actio wenn contemplatione des Sohnes gehandelt worden ist, auch wenn der Gestor den Sohn für sui juris hielt [4]). Mit dieser Klage wird also die neg. gest. actio, die eigentlich gegen den Sohn zustände, aus dessen obligatorischem Verhältniß gegen den Vater geltend gemacht.

b) Die de in rem verso actio wenn der Vater durch die für den Haussohn geführte Gestio bereichert worden ist.

c) Die neg. gest. actio, wenn contemplatione des Vaters die Angelegenheiten des Sohnes besorgt worden sind. Hier wollte der Gestor den Vater verbindlich machen, und erscheint eigentlich als dessen Geschäftsführer [5]).

---

1) l. 44. Dig. de pecul. (XV. 1.) Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio. Von dem Sklaven ist hier nicht die Rede, da er nur naturaliter obligirt wird.

2) l. 44. cit. l. 39. Dig. de O. et A. (XLIV. 7.) Nach Aufhebung der väterlichen Gewalt wird er nur in id quod facere potest verurtheilt. S. unten im folgd. Paragraph.

3) const. 1. Cod. de bon. matern. (VI. 60.)

4) l. 6. §. 6. Dig. h. t.

5) l. 6. cit. — si quidem contemplatione tui negotia gessi pecularia, tu mihi tenearis.

Hieraus ergiebt sich, daß wenn die Negotia eines Haussohnes gerirt worden sind, die neg. gest. und die de in rem verso actio, die erstere gegen den Sohn, die letztere gegen den bereicherten Vater neben einander zustehen können; electiv concurriren aber die beiden Klagen nie, denn wenn der Vater direct als Geschäftsherr erscheint, und als solcher belangt wird, so fällt nothwendig die Klage, welche eine für den Sohn vorgenommne Negotiorum Gestio als Bedingung voraussetzt, gegen ihn weg.

2) Hat ein Dritter mit einem unabhängigen Gestor contrahirt, so kann er den Geschäftsherrn mit der neg. gest. actio direct belangen, wenn er mit der Absicht, dessen Angelegenheiten zu besorgen, handelte, und ihm eben deßhalb eine Klage gegen den Gestor nicht zusteht [1]). Wollte er aber zunächst den letzteren verbindlich machen, so hat er gegen den Dominus:

a) Die de in rem verso actio, wenn dieser bereichert worden ist.

b) Die Contractsklage utiliter nach erfolgter Ratihabition [2]).

c) Eine neg. gest. actio utilis wegen der beiläufigen Absicht auch den Herrn zu verpflichten. Von der directa unterscheidet diese sich zunächst dadurch, daß sie in ihrer Anwendbarkeit von der Genehmhaltung abhängt, die Ratihabition also nicht mit ihr erzwungen werden kann. In den Quellen ausgesprochen ist dieß zwar nicht [3]); allein wenn man bedenkt, daß dem Gestor das Zwangsrecht gegen den Herrn deßhalb gegeben ist, weil er außerdem bei einer willkührlichen Weigerung desselben das Geschehene anzuerkennen, Niemand verpflichtet haben würde, wohingegen dem dritten Contrahenten, der sich stets an den Gestor, mit dem er principaliter den Vertrag abschloß, halten kann, dieses Interesse ganz abgeht, so kann darüber wohl kaum gezweifelt werden.

Wenn nun aber hier auch beide Klagen: die de in rem verso und neg. gest. actio ein und derselben Person gegen denselben Gegner zustehen, so sind sie doch immer ihrem Wesen nach durchaus von einander verschieden. Eine Verwechslung derselben ist nur bei vollständiger Verkennung der Eigenschaft möglich, in welcher die eine oder die andere derselben von dem dritten Contrahenten angestellt wird. Ist man sich bewußt, daß die neg. gest. actio auf der Absicht, die Geschäfte des Herrn zu führen, basirt ist, die de in rem verso actio dagegen dem Moment der Bereicherung entspringt, die für den Do-

1) l. 6. §. 1. cit.

2) l. 66. §. 3. Dig. de evictbs. (XXI. 2.)

3) l. 31. pr. Dig. h. t. spricht von einem Mandatar als Geschäftsführer.

minus durch den mit seinem Geschäftsführer eingegangnen Vertrag erwächst, so ist der bleibende Unterschied der beiden Klagen nicht zu verkennen [1]).

IV. Die Condictionen. Von diesen treten in ein bestimmtes Verhältniß zu der neg. gest. actio:

1) Die condictio furtiva. Bei einer Veruntreuung Seitens des Gestor kann der Herr condiciren, er kann aber auch aus der Geschäftsführung klagen [2]). Es liegt also hier eine elective Klagenconcurrenz vor, und die Anstellung der einen Klage absorbirt die andere. Dieß gilt jedoch nur für den Anspruch, der mit jeder derselben realisirt werden kann, nämlich dem auf Erstattung der veruntreuten Vermögensstücke, in Bezug auf die anderweitigen Anforderungen des Dominus an den Gestor kann es nicht angenommen werden. Deßhalb wird auch nach der Condiction noch die neg. gest. actio Platz greifen können, ist hingegen letztere zuerst angestellt worden, so fällt die erstere nothwendig weg, weil der Anspruch, zu dessen Schutz sie gegeben wird, schon geltend gemacht worden ist.

2) Die condictio sine causa. Der Eigenthümer soll von dem früheren Besitzer seiner Sache, wenn dieser dieselbe unentgeldlich erworben, und später wieder veräußert hatte, den erhaltenen Kaufpreis condiciren dürfen, sofern er sein Vindicationsrecht durch Untergang der Sache oder anderweitig verloren hatte [3]). Afrikan aber giebt ihm in der besprochenen l. ult. Dig. h. t. auch die neg. gest. actio. Wenn gleich diese Klage in dem angegebnen Fall als unzulässig nachgewiesen worden ist, so muß doch zufolge der ausdrücklichen Quellenstellen eine Concurrenz derselben mit der Condiction angenommen werden.

3) Die condictio indebiti. Wenn von einem Nichtschuldner Zahlung geleistet worden ist, so kann unter gewissen Umständen condicirt werden, unter andern Voraussetzungen hat er die neg. gest. actio gegen den wahren Schuldner. Die Condiction fordert, daß sich der Zahlende für den Schuldner gehalten hat [4]), und zweitens, daß das Gezahlte objectiv ein indebitum war [5]); die Anwendung der neg. gest.

1) Ueber das Nähere vergl. den vierten Abschnitt.

2) l. 46. Dig. pro socio (XVII. 2.) Donell. Comm. lib. XXI. cap. 3. §. 9. (Ed. Bucher. Vol. 13. pag. 134). v. Savigny, System. Bd. V. §. 232. S. 218 und Beilage XIV. S. 520.

3) l. 23. Dig. de reb. credit. (XII. 1.) v. Savigny a. a. O. S. 523.

4) l. 1. §. 1. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) — sed si sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio.

5) l. 44. Dig. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore solutum est.

actio hängt davon ab, ob der animus neg. alien. gerendi vorliegt oder nicht. Die zweifelhaften Fälle, welche in Betreff der Zulässigkeit der Condiction oder unserer Klage eintreten, können erst weiter unten ihre Erledigung finden.

4) Die condictio ex lege. Wenn Jemand Erbschaftsschulden bezahlt hat, und nachher mit der hereditatis petitio abgewiesen wird, so soll er das Gezahlte von dem wahren Erben mit der neg. gest. actio fordern, oder ex lege condiciren dürfen [1]).

V. Die Klage aus der Vormundschaft und der Cura. Gegen den wahren Vormund wird unter allen Umständen nur die tutelae actio zustehen, ist aber nicht von diesem selbst [2]), oder überhaupt von einem Dritten ein Tutelargeschäft vorgenommen worden, so kann die neg. gest. actio Anwendung finden, wenn sie nicht von der protutelae actio ausgeschlossen wird. Das Verhältniß zu dieser ist folgendes: Wenn Jemand ohne Vormund zu sein, gleichviel übrigens ob er sich dafür hielt oder nicht, in der Absicht als solcher zu handeln, die Geschäfte eines Unmündigen führt, so ist die actio protutelae an ihrem Platz [3]); trat er jedoch nur als Geschäftsführer auf, und ist jene Klage deßhalb nicht anwendbar, weil der Dominus seinem Alter nach keinen Vormund mehr haben konnte, so tritt die neg. gest. actio an ihre Stelle [4]). Die Absicht des Handelnden entscheidet daher zunächst über die Anwendbarkeit der einen oder der andern Klage. Aus einer geführten Cura kann regelmäßig entweder mit der tutelae oder der neg. gest. actio geklagt werden [5]).

Aus diesen Bestimmungen erklärt es sich, daß der Pupill, dessen Vormund gestorben ist, und einen unmündigen Erben hinterlassen hat, gegen den für diesen bestellten Tutor nur die neg. gest. actio hat [6]), und daß die Mutter, die nach dem Wunsch des verstorbenen Vaters die Angelegenheiten der Kinder selbst besorgt, und nicht als Vormünderin angesehen werden kann, weßhalb sie auch nicht das

---

1) Auch hierüber vergl.: Ueber die neg. gest. actio contraria utilis. S. const. 12. §. 1. Cod. de hered. (III. 31.) v. Savigny a. a. O. S. 546.

2) l. 6. pr. Dig. h. t.

3) l. 1. pr. u. §. 1. Dig. de eo qui protutor. vel curat. (XXVII. 5.) Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putat tutorem, sive scit non esse, fingit tamen esse.

4) l. 1. §. 6. Dig. eod. Ebenso fällt die Klage weg, wenn der Pupill gar nicht zur Welt kam. Der Erbe hat auch hier dann die neg. gest. actio. l. 29. Dig. h. t.

5) const. 7. Cod. Arbitr. tutel. (V. 51.)

6) l. 31. §. 5. Dig. h. t.

Recht hat, einen Actor zu bestellen [1]), nur in dem Verhältniß einer Geschäftsführerin steht. Ebenso erscheint der im väterlichen Testament bestimmte Curator nur als Gestor, weil eine solche Bestellung an sich nicht gültig war [2]), und wenn auch der richtig eingesetzte Curator mit der neg. gest. actio, doch Derjenige, der es in der That nicht war, nicht mit der tutelae actio belangt werden konnte.

VI. Die actio funeraria, welche für eine spezielle Art der freiwilligen Geschäftsführung aus besonderer Rücksicht für die öffentliche Sitte gegeben wurde, steht zu der neg. gest actio im Allgemeinen in dem Verhältniß der Species zu dem Genus. Genauer werden wir diese Klage in dem ihr vorzugsweise gewidmeten letzten Abschnitt kennen lernen.

§. 17. Die actio negotiorum gestorum an sich betrachtet.

Als allgemeine Vorbemerkung bei der Untersuchung über die Natur der actio neg. gest. selbst ist zu erwähnen, daß diese Klage eine persönliche und eine bonae fidei actio ist. Wenn das Erstere in den Quellen ausdrücklich von den Kaisern Diocletian und Maximian bestätigt wird [3]), so darf man deßhalb nicht annehmen, daß darüber irgend ein Zweifel geherrscht habe, der Grund jener Constitution lag in der häufigen Verwechselung unserer Klage mit der utilis vindicatio, welche gegen Denjenigen gegeben wird, der mit fremdem Geld in eignem Namen Etwas erworben hat, und in der const. 8. Cod. de rei vind. (III. 32.) neben unsere und die Mandatsklage gestellt wird.

Die wichtigsten Fragen, die uns hier beschäftigen, beziehen sich auf die Entstehung der Klage, auf die Personen gegen welche, und auf das Maaß in welchem sie gegen diese gerichtet ist, sowie endlich auf ihre Ausdehnung.

Die Untersuchung, in welchen Zeitpunkt die Entstehung der neg. gest. actio falle ist wegen der damit zusammenhängenden Berechnung der Verjährung von entschiedenem Interesse. In den Quellen finden wir hierüber nur eine besonders beachtenswerthe Stelle:

L. 4. Dig. de tutel. et rationbs. distrahd. (XXVII. 3.) Paulus lib. VIII. ad Sabinum. Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest.

---

1) l. 31. §. 6. Dig. eod.

2) const. 6. Cod. h. t.

3) const. 23. Cod. h. t. Negotiis gestis non in rem, sed in personam est actio.

§. 3. Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est; quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cujus tutela geritur, constitutum est.

An der Spitze dieses Fragments steht der bekannte Ausspruch des Paulus, daß die tutelae actio erst nach beendigter Vormundschaft erhoben werden könne. In dem §. 3. sagt derselbe Jurist: gegen den Curator eines Wahnsinnigen werde mit der neg. gest. actio geklagt, welche auch während der Geschäftsführung zustehe, da von ihr nicht dieselbe Bestimmung gelte, die über die tutelae actio getroffen worden sei. Wie diese Entscheidung des Paulus, daß gegen den Curator vor Beendigung seiner Geschäftsthätigkeit geklagt werden könne, die in l. 26. Dig. de administ. et peric. tut. (XXVI. 7.) wiederholt, und von Ulpian in l. 16. §. 1. Dig. de tutel. et rat. (XXVII. 3.) und in l. 1. §. 3. Dig. de contr. tut. et util. act. (XXVII. 4.) bestätigt wird, in Einklang zu bringen ist mit der const. 14. Cod. de administ. tutor. (V. 37.), wo der Kaiser sagt, daß vor erfülltem fünfundzwanzigsten Lebensjahr des Pupillen der Curator nicht zur Rechnungsablegung gehalten sei, dieß ist eine Frage, deren Beantwortung nicht hierher gehört. Für uns ist nur von Interesse, daß in dem angeführten Fragment ausdrücklich von der neg. gest. actio, die, wie wir eben gesehen haben, aus der Curatel zulässig ist, gesagt wird, sie stehe auch zu: dum negotia gerit. Ist gleich hier zunächst von der neg. gest. actio utilis die Rede, so bleibt jene Bemerkung dennoch für uns deßhalb äußerst wichtig, weil wir in ihr die einzige quellenmäßige Bestätigung finden, daß die Geschäftsführungsklage in jedem Augenblick angestellt werden kann, der für die tutelae actio geltende Satz also auf sie keine Anwendung leidet. Bei jeder Klagberechtigung wird zweierlei vorausgesetzt: ein verfolgbares Recht, und eine Verletzung desselben [1]), erst wenn diese letztere Bedingung sich erfüllt, tritt der Moment der actio nata und der Anfang der Verjährung ein. Bei der Negotiorum Gestio entsteht das Recht für beide Theile durch die Uebernahme der Geschäftsführung selbst, für den Dominus auf Beendigung der Geschäfte, auf Verwendung des nöthigen Fleißes, auf Rechnungsablegung und Herausgabe Dessen, was der Geschäftsführer als solcher in Händen hat, für den Gestor auf Anerkennung seiner Handlungen, und völlige Schadloshaltung. Wenn nun dieses begründete Recht auf der einen oder der andern Seite verletzt wird, so

1) v. Savigny, System. Band V. §. 239. S. 280 f. Kierulff, Civilrecht. S. 194 f.

ist eben der Augenblick, wann dieß geschieht der Zeitpunkt, in welchem die Klage erwächst, es kommt also bei der Frage, ob die neg. gest. actio während der Dauer der Geschäftsführung angestellt werden kann, und wann die Verjährung derselben beginnt, Alles darauf an zu erfahren, ob eine solche Verletzung vor Beendigung der Gestio möglich ist. Für die contraria actio läßt sich dieß zunächst am leichtesten nachweisen, denn wenn der Gestor dem Herrn gegenüber sofort durch die Besorgung der fremden Angelegenheiten berechtigt wird, so kann er auch die Erfüllung der demselben obliegenden Verbindlichkeiten zu jeder Zeit verlangen, und sobald diese gegen seinen Willen und die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung unterbleibt, fängt seine Klage an zu verjähren. Das Einzige was sich hiergegen einwenden ließe, wäre die Behauptung, daß erst die nachfolgende Ratihabition die Basis der contraria actio ausmache, weil in dieser allerdings erst die Einwilligung des Herrn auf die Obligation einzugehen ausgesprochen ist. Daß aber dieser Einwurf in einer falschen Anwendung eines an sich richtigen Satzes besteht, zeigt sich schon dadurch, daß der Gestor gegen den Herrn ein Zwangsrecht auf Genehmigung hat, das er allein mit jener Klage zu üben im Stande ist. Es bedarf also der Einwilligung des Dominus nicht um ihn zu berechtigen, er hat durch das utiliter gerere schon ein Recht, das verletzt werden, und aus dem die Klage entstehen kann [1]).

Bedenklicher erscheint aus mehreren Gründen die eben in jener angeführten Stelle bezeugte Zulässigkeit der directa actio während der Dauer der Negotiorum Gestio. So gewiß nämlich der Herr unmittelbar durch den Eingriff in seine Angelegenheiten einen Anspruch gegen den Gestor erhält, so könnte man dennoch annehmen, daß eine Verletzung dieses Rechts erst dann eintrete, wenn bei dem Schluß der Gestio der Geschäftsführer die Erfüllung seiner verschiedenen Verpflichtungen verweigre. In dem Fall einer von ihm begangnen Culpa z. B. ließe sich vielleicht sagen, daß bei einem Verstoß gegen den schuldigen Fleiß nur ein Anspruch auf Ersatz des durch ihn verursachten Schadens begründet werde, erst bei der Weigerung denselben zu vergüten aber eine Rechtsverletzung und hieraus die Klage entstehe. Ebenso ist es allerdings nicht zu läugnen, daß nach der Natur des Rechtverhältnisses die Herausgabe der in den Händen des Gestor be-

1) Wächter, a. a. O. S. 338 u. 39 gegen Reinhardt, Ergänzungen zu Glück. Bd. II. S. 28, der, wenn der Dominus das Geschehene nicht anerkennt, die Existenz eines Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Gestor läugnet.

findlichen Gegenstände in der Regel erst nach Beendigung der Negotiorum Gestio erfolgt, es also nicht als eine die Klage schon früher begründende Verletzung angesehen werden kann, wenn dieß nicht zeitiger geschehen ist. Allein mit allen diesen Gründen wird sich die Unzulässigkeit der directa actio gegen den Gestor: dum negotia gerit dennoch nicht beweisen lassen, da eine Rechtsverletzung auch während dieser Zeit von seiner Seite möglich ist. Schon dann wenn er schuldvoll die begonnenen Angelegenheiten nicht zu Ende führt, ist die Klage gegen ihn sofort begründet, doch könnte man in diesem Fall immer noch einwenden, daß sie auch hier nicht während der Gestor die fremden Angelegenheiten besorgt, sondern eben deßhalb, weil er seine Thätigkeit zu zeitig beendet hat, zugelassen werde; ganz unzweifelhaft zeigt sich aber die Entstehung der directa actio vor Schluß der Gestio, sobald die Rechtsverletzung darin liegt, daß die Geschäftsführung wider die durch die Natur der Verhältnisse begründete Erwartung ausgedehnt, dieselbe wider den Willen des Dominus fortgesetzt wird. Sollte dem Letzteren hier das Recht nicht zustehen, Rechenschaft von dem bisher Geschehenen zu verlangen, so würde die Entstehung seines Klagerechts von der Willkühr des Schuldners abhängen, und von diesem beliebig verzögert werden können. Anders ist es bei der Tutel, die ein durch das Alter des Pflegebefohlenen bestimmtes Ende hat [1]). Kein Bedenken kann es übrigens erregen, daß vorzugsweise bei der Negotiorum Gestio die Verjährung der directa actio beginnt, ohne daß der Berechtigte davon weiß. Der Anfangspunkt der Klage hat eine völlig objective Natur, und das Verhältniß einer verletzenden Thatsache zum Bewußtsein des Klagberechtigten kommt nicht in Betracht [2]). Wenn wir übrigens uns erinnern, daß dies selbst bei den kurzen Verjährungen gilt, so verschwindet der Schein der Unbilligkeit gegen den Geschäftsherrn, dessen Klage nur der längsten gewöhnlichen Verjährung unterworfen ist.

Die weitere Frage, gegen wen und in welchem Umfang die neg. gest. actio zusteht, ist für die directa und contraria actio jede selbstständig zu beantworten.

I. Die directa actio steht dem Geschäftsherrn gegen den Gestor

---

1) Aus dieser Rücksicht giebt auch wohl Paulus gegen den Curator eines Wahnsinnigen die zu jeder Zeit zuständige neg. gest. actio, während es im Codex von dem Curator adulti heißt, er könne erst nach beendigter Curatel belangt werden. Für die Curatel eines Minderjährigen giebt es einen bestimmten Endtermin, nicht aber für die cura furiosi.

2) v. Savigny a. a. O. S. 282.

zu. Es gilt als allgemeines Erforderniß, daß der Geschäftsführer sich überhaupt durch seine Handlungen gültig verbindlich machen kann. Der Mangel desselben beschränkt nothwendig die Berechtigung des Herrn, und die allgemeine Regel, daß der Dominus den Gestor wegen aller obliegenden Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen kann, leidet daher in folgenden Fällen eine Ausnahme:

1) Wenn ein Pupill Geschäfte geführt hat. Diesen Fall erwähnt Ulpian in der l. 3. §. 4. Dig. h. t. Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur. Cujas will hier zwar pupilli lesen [1]), allein wenn für diese Umänderung auch der Zusammenhang insofern zu sprechen scheint, als jener Satz bei der Erklärung des Wortes „alterius" im Edict vorkommt, und im folgenden Paragraphen auch wieder von der Gestio für einen zum Consens Unfähigen die Rede ist, so paßt doch der Nachsatz: agendo autem — entschieden besser für die Auffassung des Pupillen als Geschäftsführer. Nach dem angeführten Fragment geht also gegen ihn die Klage nur auf die Bereicherung, übrigens ist seine Verpflichtung nur eine natürliche, die erst, wenn er klagt, auf dem Weg der Compensation geltend gemacht werden kann [2]). Zum Schutz des Herrn dient auch noch die in integrum restitution. Wenn der Minderjährige diese anzunehmen verweigert, wird er später gegen die neg. gest. actio nicht restituirt [3]).

2) Der Sklave kann als Gestor durchaus nicht belangt werden, nicht einmal wenn er später manumittirt wurde. Von seinen sonstigen Verbindlichkeiten ist schon oben die Rede gewesen [4]).

3) Der Haussohn muß sich wenigstens die Klage in id quod facere potest gefallen lassen, bei einem Dolus von seiner Seite, wenn er sich für einen paterfamilias ausgab, geht die Klage gegen ihn in solidum [5]).

---

1) Observat. lib. XIII. cap. 7. (Ed. Fabrot. Neapol. Tom. III. p. 365.)

2) Vergl. von Vangerow, Leitfaden Bd. I. Abth. II. §. 279. S. 449.

3) l. 24. pr. Dig. de minorib. (IV. 4.)

4) In dem zweiten Abschnitt. cf. leg. 17. 18. Dig. h. t.

5) l. 4. §. 1 u. 2. l. 6. Dig. quod cum eo qui. etc. (XIV. 5.) Interdum autem, etsi exheredatus filius vel emancipatus sit, in solidum actio adversus eum dabitur, utputa si patremfamilias sementitus est. Wann der Haussohn nur in id quod facere potest verurtheilt werden kann, ist in dem von Ulpian in l. 2. eod. mitgetheilten Edict ausgesprochen.

II. Die actio contraria. Bei dieser handelt es sich zunächst darum, gegen wen sie angestellt werden kann. Als allgemeine Regel gilt hier: gegen Denjenigen, den der Geschäftsführer verbindlich machen wollte, und den er zur Ratihabition zwingen darf. Wenn er über die Person des Geschäftsherrn im Irrthum war, und also contemplatione des Einen die Angelegenheiten des Andern besorgte, so kann er daher nur den wahren Dominus belangen, es sei denn daß der speziell Berücksichtigte durch die ertheilte Genehmigung freiwillig auf die Obligation einging, in welchem Fall sich die Klage aber erst auf die Ratihabition gründet, da durch diese das Geschäft und dessen Besorgung dem Dritten erst angehörig wird. Sind mehrere Geschäftsherrn vorhanden, so kann der Gestor sich an jeden derselben halten, ausgenommen Denjenigen, den er nicht obligiren wollte, wie z. B. wenn er ein Tutelargeschäft für den Pupillen besorgte und gegen diesen klagte. Hier kann er, da sich durch diese Klaganstellung die Absicht ausspricht, nur den Pupillen zu verpflichten, nachher nicht auch gegen den Vormund Ansprüche erheben.

Gerichtet ist die Klage auf Anerkennung der Geschäftsführung, Befreiung von den aus ihr dem Gestor erwachsenen Verbindlichkeiten und vollständige Schadloshaltung. Beschränkt aber wird sie ihrem Umfang nach aus verschiedenen Gründen:

A. Durch den Mangel vollständiger Rechtsfähigkeit bei dem Geschäftsherrn, daher:

1) Kann der Pupill nur wegen der Bereicherung belangt werden [1]). Dieser Grundsatz der ein wahres Vorrecht des Pupillen enthält, kommt nun bei den verschiedeneu Arten der Auslagen in folgender Art zur Anwendung. Hinsichtlich der necessariae impensae muß er sich unbedingt einen Anspruch gefallen lassen, denn durch sie gilt er jedesmal für bereichert [2]), in Betreff der übrigen Expensen hängt die Entscheidung davon ab, ob zur Zeit der Litiscontestation eine Bereicherung vorlag [3]). Wegen der voluptuariae impensae hat der Gestor gar keinen Anspruch, sondern nur das jus tollendi.

2) Der Haussohn kann eigentlich in solidum belangt werden, doch geht nach Aufhebung der väterlichen Gewalt zufolge des Edicts die Klage gegen ihn nur in id, quod facere potest [4]).

1) l. 6. pr. Dig. h. t.

2) l. 47. §. 1. Dig. de solut. et liberat. (XLVI. 3.)

3) l. 37. pr. Dig. h. t.

4) const. 2. Cod. quod cum eo. (IV. 26.) Ejus rei nomine, de qua cum filiofamilias contractum est — nisi in id, quod facere possit, non dari, perpetui edicti interpretatione declaratum est.

3) Der Sklave wird bei den Römern nur naturaliter obligirt [1]). Zu erwähnen ist hier der in l. 6. §. 7. Dig. h. t. angegebene Fall. War nämlich eine Negotiorum Gestio für einen angeblichen Sklaven vorgenommen worden, so mußte man unterscheiden:

a) Der Gestor glaubte für einen servus zu handeln. In diesem Fall geht die Klage gegen den Herrn in Betreff der res peculiares, die bei diesem verbleiben, im Uebrigen gegen den vermeintlichen Sklaven.

b) Der Gestor wußte, daß der Geschäftsherr ein Freier war, hier hat er gegen diesen die Klage hinsichtlich der Angelegenheiten, die ihn angehen, wegen der übrigen gegen den Herrn.

Hier scheint aber ein Unterschied gar nicht vorhanden zu sein, und es behauptet daher schon Joannes in der Glosse, daß in dem zweiten Fall gegen den Herrn nur die actio de peculio zulässig gewesen wäre. Allein dieß ist ein großes Mißverständniß. Pomponius scheidet mit vollem Recht zwei Fälle, denn wenn auch das Resultat beider gleich ist, so sind doch die Gründe, die zu demselben führen durchaus verschieden. In dem ersten Fall steht gegen den Dominus earum rerum peculiarium causa, quae eum sequuntur die Klage zu, weil er allein in Betreff dieser Geschäftsherr ist. In der That ist ja kein Peculium vorhanden, richtete sich daher auch die Contemplation auf den angeblichen Sklaven, so ist doch jener re ipsa dominus. Hinsichtlich der übrigen Geschäfte ist allein der angebliche Sklave Geschäftsherr. In dem zweiten Fall, wo der Gestor das wahre Verhältniß kannte, handelte er offenbar für Beide, und Beide sind deßhalb soweit sie interessirt sind, gehalten. In jedem Fall giebt die re ipsa Angehörigkeit den Ausschlag.

Die hier genannten Personen, gegen welche wegen mangelhafter Rechtsfähigkeit die contraria actio gar nicht oder nur in beschränktem Umfang zusteht, können durch Zeit und Umstände alle drei durchaus selbstständig werden, wo sie dann wegen aller von diesem Zeitpunkt an unternommner Geschäfte völlig zu Recht stehen müssen. Wie nun, wenn diese Umwandlung in die Dauer der Geschäftsführung selbst fällt, so daß eine Negotiorum Gestio für einen Pupillen, Haussohn oder Sklaven begonnen wurde; für einen Großjährigen, Hausherrn oder Freigelassenen beendigt wird? Die in diesem Fall über die Klagberechtigung entstehende Frage beantwortet Paulus unter Anziehung der Autorität des Pomponius in:

L. 15. Dig. h. t.: Pomponius libro vicesimo sexto: in nego-

---

1) l. 14. Dig. de O. et A. (XLIV. 7.)

tiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectandam, ait. Quid enim, inquit, si pupilli negotia coeperim gerere, et inter moras pubes factus sit? Vel servi aut filii familias, et interea liber, aut paterfamilias effectus sit? Hoc et ego verius esse didici, nisi si ab initio quasi unum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo jam pubes, vel liber, vel paterfamilias effectus est. Hic enim quasi plura negotia gesta sunt, et pro qualitate personarum et actio formatur, et condemnatio moderatur.

Wir haben schon oben gesehen, daß die Absicht des Gestor bei der Geschäftsführung den Maaßstab für seine Berechtigungen aus derselben giebt. Dieselbe zeigt sich durch die Uebernahme der Geschäfte eines Pupillen, oder hausunterthänigen Person insoweit, als der Gestor für diese in den bürgerlichen Verhältnissen, in welchen sie sich zur Zeit befinden handelt, und sie also auch in dem Maaße, als es ihre Stellung möglich macht, verbindlich machen will. Aendert sich letztere während der Dauer der Geschäftsführung, so ist daher dieß für seine Berechtigung vollständig gleichgültig, denn der Quasicontract ist schon vorhanden, und aus ihm entspringen die Ansprüche des Geschäftsführers. Richtete sich der Wille desselben auf die Besorgung einer ganzen Reihe von Geschäften, oder mußte er zufolge gesetzlicher Bestimmung über seine ursprüngliche Absicht hinaus Geschäfte führen, so ist doch immer nur eine einzige Gestio vorhanden, mithin er nur insoweit zur Klage berechtigt, als er es nach der Stellung des Geschäftsherrn zur Zeit des Beginns der Negotiorum Gestio sein konnte, für den letzteren Fall gilt dieß selbst dann, wenn der gesetzliche Zwang erst nach veränderter Rechtsfähigkeit eintrat, die erzwungene Geschäftsführung wird ja nicht als eine neue, sondern nur als eine fortgesetzte angesehen. Wenn hingegen die Absicht nur auf die Führung eines einzelnen Geschäftes ging, nach dessen Beendigung die Veränderung in der Person vorkam, und hierauf wieder Geschäfte derselben gerirt werden, so sind mehrere Geschäftsführungen vorhanden, und wegen der zweiten wird die contraria actio Platz greifen können, (pro qualitate personarum et actio formatur et condemnatio moderatur). Zum Schluß sind noch einige Bemerkungen hinzuzufügen:

Wenn eine Negotiorum Gestio für einen Sklaven vorgenommen worden ist, so wird dieser, wie wir gesehen haben, nur naturaliter verpflichtet, gegen den Herrn steht jedoch die de in rem verso und die de peculio actio zu. Letztere ist nach den Worten des Edicts nur ein Jahr nach der Manumission gültig; wie wenn diese Frist während der Geschäftsführung selbst abläuft? also Geschäfte für einen

Sklaven begonnen worden sind, dieser kurze Zeit darauf manumittirt wird, und nun erst nach Verlauf eines Jahres jene beendigt werden? Der Gestor will jetzt die Klage gegen den Herrn anstellen, und diese ist schon abgelaufen. Hat er hier durchaus keinen Anspruch? oder kann er wenigstens wegen der nach der Manumission geführten Geschäfte klagen? Ein Unterschied zwischen den Angelegenheiten ist nach den Bestimmungen der l. 15. cit. nicht anzunehmen, und consequent kann man auch in diesem Fall gegen den servus manumissus die contraria actio nicht zulassen. Wegen einer entschiedenen Bereicherung des Herrn steht dem Geschäftsführer ja die de in rem verso actio zu, die, wie Ulpian in l. 1. Dig. de in r. v. (XV. 3.) bemerkt, nicht überflüssig neben der Peculienklage ist; hinsichtlich der nach der Freilassung vorgenommnen Geschäfte kann Jener sein Forderungsrecht nur als naturalis obligatio geltend machen.

Praktisch wichtiger ist eine andere Frage hinsichtlich der Verbindlichkeit des Haussohns. Es wurde schon bemerkt, daß dieser der Regel nach in solidum in Anspruch genommen werden kann, allein das Vorrecht genießt, wenn er aus der Nachlassenschaft des Vaters Nichts oder verhältnißmäßig Unbedeutendes erhalten hat, wegen Forderungen die gegen ihn als Haussohn erwachsen sind, nur in id quod facere potest verurtheilt werden zu können. Dieselbe Rechtswohlthat wird ihm zu Theil, wenn er bald nach der Emancipation verklagt wird. Gesetzt den Fall: die Emancipation erfolgt während der Gestio, und er kann daher nur auf das, was er zu leisten vermag, belangt werden, widerspricht dieß nicht der Regel: cujusque temporis initio conditionem in negotiis gestis spectandam esse? Er war doch vorher in solidum verpflichtet? Ein solcher Widerspruch zwischen seiner singulären Berechtigung und der angegebnen Regel ist aber nicht vorhanden, vielmehr steht ihm die erstere ja nur deßhalb zu, weil seine frühere Lage als Haussohn berücksichtigt wird, außerdem würde er jenes beneficium gar nicht haben.

B. Aus besonderen Gründen unterliegt die actio contraria einer Beschränkung:

1) Wenn der Gestor aus Eigennutz handelte. Hierher gehört der Ausspruch des Julian in:

L. 6. §. 3. Dig. h. t. Sed etsi quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scribit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse

tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, (quia improbe ad negotia mea accessit) sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Bei der hier gegebenen Bestimmung ist anzunehmen, daß der Jurist den animus neg. alien. gerendi bei Besorgung eines objectiv nicht schon einem Andern angehörigen Geschäfts voraussetzte. Es spricht für diese Erklärung die Aeußerung des Labeo: suum eum potius, quam meum negotium gessisse; sodann aber besonders die Zulassung der actio contraria, wenngleich nur auf die Bereicherung. Ob die am Schluß des Paragraphen erwähnte Klage die neg. gest. actio sei, darüber ist viel gestritten worden. Cujas hielt sie für eine condictio indebiti [1]), Andere nehmen hier die de in rem verso oder eine in factum actio an, ja Gerhard Noodt glaubt sogar, man müsse exceptionem statt actionem lesen [2]). Ohne den Worten Zwang anzuthun, läßt sich aber hier die neg. gest. actio annehmen, die, wie sich aus dem Zwischensatz (quod — accessit) ergiebt zur Strafe des Eigennutzes in ihrem Umfang beschränkt ist. Glück, der auch der Ansicht ist, daß Julian die gewöhnliche Klage aus der Geschäftsführung im Sinn hat, bemerkt daher mit Unrecht: „wer aus Eigennutz fremde Geschäfte führt, hat eigentlich gar keine Klage"; vielmehr läßt sich behaupten, wer fremde Geschäfte als solche führt, hat stets einen klagbaren Anspruch auf Ersatz der Verwendungen; handelte er aber aus Eigennutz, so fällt die Verpflichtung des Geschäftsherrn, ihn völlig schadlos zu halten, deren Grund eben in der uneigennützigen Handlungsweise des Gestor liegt, weg, und jener braucht sich nunmehr bloß wegen der Bereicherung einzulassen [3]). Der animus neg. alien. gerendi behält also seinen Einfluß auf die Entstehung der contraria actio, und es ist nicht ohne Interesse, hier sich an den andern Fall zu erinnern, wenn Jemand ebenfalls in eigennütziger Absicht, aber ohne den Willen fremde Geschäfte zu führen, handelt. Eine solche Negotiorum Gestio kann nur, wenn das negotium objectiv ein fremdes war, und auch dann lediglich eine directa actio hervorrufen.

2) In dem §. 6. desselben Fragments sagt Ulpian, als er davon spricht, daß bei der Frage, gegen wen die contraria actio zustehe, man auf die Richtung der Contemplation Rücksicht nehmen müsse: Pomponius habe gemeint, wenn nur für den Sohn gehandelt

1) Tractat. VIII. ad Africanum. (tom. I. pag. 1430.)

2) Probabil. lib. III. cap. 9.

3) A. M. ist Sell: Versuche im Gebiete des Civilrechts. Abhandlg. I. §. 29. S. 62. Not. 1.

worden sei, könne der Vater lediglich mit der Peculienklage in Anspruch genommen werden, gleichviel, ob er ratihabirt oder nicht; hierauf fährt Ulpian fort: etsi nihil in peculio sit, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit. Diese Klage halte ich nicht für die neg. gest. actio. Die Glosse meint, man müsse voraussetzen, daß der Vater ratihabirt habe, allein, abgesehen davon, daß dieß eine willkührliche Annahme ist, fragt es sich wieder, wie der Vater die Ratihabition in dem angegebenen Fall mit Wirkung vornehmen kann. Dürfte man nach den Worten jener Stelle als Grund dafür die Richtung der Contemplation auf ihn angeben, so wäre kein Zweifel, wie die Klage entsteht, und es würde sich nur darum handeln zu erfahren, weßhalb sie nur auf die Bereicherung zugelassen werde. Der Contemplation wird aber hier gar nicht ausdrücklich gedacht. Donell scheint anzunehmen, daß in der Absicht gehandelt wurde den Vater und Sohn verbindlich zu machen. Er sagt [1]: legimus enim interdum istorum duorum utrumque ob negotium gestum teneri, interdum alterum duntaxat. Allein angenommen, diese Voraussetzung wäre richtig, weßhalb ist dann der Vater nur in dem Fall, wenn das Peculium verschuldet ist, und auch dann nur auf die Bereicherung gehalten? Anderer Meinung ist Cujas, der die Klage wegen Bereicherung in dem §. 6. für die de in rem verso actio hält [2]. Dieser Ansicht muß man sich durchaus anschließen, sie ist gewiß die ungezwungenste, und nach allen Seiten hin befriedigend. Eine große Stütze findet sie in der l. 1. Dig. de in rem. vers. (XV. 3.), wo Pomponius sagt: Sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem ejus verterat; caeterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso. Auch in unserer Stelle ist davon die Rede, daß der Herr aus dem Peculium Nichts leistet und der Jurist sagt, daß in diesem Fall gegen den Herrn auf die Bereicherung geklagt werden könne.

§. 18. Die actio negotiorum gestorum contraria utilis.

Eine Aufzählung der einzelnen Fälle, in welchen die neg. gest. actio utiliter zulässig ist, erscheint, nachdem wir die Erfordernisse dieser Klage kennen gelernt haben völlig überflüssig. Die freie Anwendung, welche sie schon bei den Römern fand, das ausdrückliche Zeugniß des Paulus, der uns in der l. 47. Dig. h. t. den allgemeinen

1) comm. lib. XV. cap. 17. §. 6. (Ed. Bucher. Vol. IX. pag. 155.)
2) ad Salv. Julian. (tom. VI. pag. 14.)

Grundsatz giebt: Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest hoc judicio experiri, endlich aber ganz besonders ihr eigner Charakter rechtfertigen jede Ausdehnung, deren sie ohne Ueberschreitung ihrer natürlichen Gränzen fähig ist. In der That ist auch von jeher viel weniger durch eine unverhältnißmäßige Beschränkung unsrer Klage, als vielmehr dadurch gefehlt worden, daß man aus Rücksichten der Billigkeit sie auch dann zuließ, wenn der Mangel einer ihrer Grundbedingungen sie nothwendig ausschließen mußte. Eine solche willkührliche Benutzung, welche aus der neg. gest. actio mindestens ein durchaus haltloses Rechtsmittel macht, ist besonders für die contraria actio in zwei Fällen eingetreten. Erstens hielt man diese für zulässig, wenn Jemand auf fremde Sachen, in der Meinung sie seien seine eignen, Verwendungen macht, zweitens gab man sie auf den Betrag der Schuld, die an den wahren Gläubiger irrthümlich von einem Nichtschuldner gezahlt worden ist.

In dem ersten dieser Fälle [1]), in denen beiden dem angeblichen Gestor in Folge seines Irrthums der animus obligandi, dem allein die actio contraria ihr Entstehen verdanken kann, nothwendig fehlen muß, hat die Meinung derer, die dennoch Jenem das Recht aus einer Geschäftsführung zu klagen gestatten, wenig mehr für sich, als eben die unter gewissen faktischen Umständen mögliche Anforderung der Billigkeit. Die Vertreter jener Ansicht haben sich allerdings insbesondere auf einige Constitutionen berufen; allein daß die Quellen ihnen durchaus ungünstig sind, mag folgende Uebersicht der hierher gehörigen Stellen nachweisen.

Vor allen hat man sich auf die oben erklärte **l. 6. §. 3. Dig. h. t.** bezogen. Es wurde schon bemerkt, daß es Gegenstand vielfachen Streites gewesen ist, ob Julian überhaupt an die neg. gest. actio gedacht hat, wenn er sagt: Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit — habet contra me actionem. Martinus, der dieß annahm, glaubte hieraus folgern zu dürfen, daß der Besitzer im bösen Glauben wegen der auf die fremden Sachen gemachten Verwendungen einen klagbaren Anspruch gegen den Eigenthümer selbst dann habe,

---

1) Besonders zu vergleichen sind: **Pet. Gilken, Comm. in praecip. Cod. titul. Francof. 1606. tom. II. pag. 66. ad l. 33. Dig. de cond. ind.** und Kämmerer: Kann Jemand, der, in dem Glauben seine eignen Geschäfte zu treiben, die eines Andern gerirt, gegen diesen Andern die neg. gest. actio utilis anstellen? (Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß Bd. VIII. Abhdlg. III.) Bei Jenem findet sich die ältere, bei diesem die neure Literatur sorgfältig angegeben.

wenn er in eignem Namen, also ohne die Absicht fremde Geschäfte zu führen gehandelt hat [1]). Diese Ansicht, die mit Recht übrigens schon Accursius tadelt, entfernt sich durch ihre Bevorzugung des malae fidei possessor von den richtigen Grundsätzen weniger, als die neuere Behauptung, daß jeder Besitzer bei irrthümlich auf fremdes Eigenthum gemachten Impensen die Klage habe. Der Besitzer im bösen Glauben weiß wenigstens, daß die Gegenstände, die er in Händen hat, fremde sind: bei ihm läßt sich also der animus obligandi noch eher denken, als bei Demjenigen, der wegen seiner Ueberzeugung Eigenthümer zu sein, die Absicht einen Andern durch seine Handlungen als Geschäftsherrn verpflichten zu wollen unmöglich haben kann. Die Ausdehnung des Klagerechts auf den bonae fidei possessor die vielleicht durch die Betrachtung herbeigeführt wurde, daß dieser nicht schlechter gestellt sein dürfe als der Besitzer in mala fide, liegt also, wie es scheint nicht einmal im Sinn des Martinus. Uebrigens erledigt sich die Aufgabe seine Meinung hier weiter zu widerlegen, durch die schon oben gegebene Erklärung der angezogenen Stelle.

Ferner gehört hierher die const. 5. Cod. de rei vind. (III. 32.) — Malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint. In dieser Constitution soll ausgesprochen sein, daß der Besitzer im bösen Glauben wegen der Verwendungen eine Klage auf Ersatz habe. In der That ist ihm aber nur das Rückforderungsrecht im Allgemeinen zugesprochen. Wie er dieses realisiren kann, davon ist hier überhaupt gar nicht die Rede, denn repetitio bedeutet jede Forderung, gleichviel ob sie durch eine Exception oder Klage geltend gemacht werden kann. Auffällig wäre es übrigens, daß, wenn hinsichtlich der necessariae impensae die Klage gegeben würde, wegen der utiles nur das jus tollendi zustünde.

Endlich ist der Ausspruch Justinians zu erwähnen in const. 12. §. 1. Cod. de petit hered. (III. 31.) Hier sagt der Kaiser, der bei der hereditatis petitio Besiegte, solle von dem Erben für die geführten erbschaftlichen Angelegenheiten schadlos gehalten werden, und um diesen Anspruch zu realisiren die neg. gest. actio oder ex lege condictio haben. Die genauere Erklärung dieser Stelle wird passender, als hier, weiter unten, wenn von dem Recht des Erbschaftsbesitzers den Betrag gezahlter Erbschaftsschulden mit einer Klage zurückfordern zu dürfen, die Rede sein wird, ihren Platz finden. Hier genüge die

1) In der Glosse zu der l. 6. §. 3. cit.

Bemerkung, daß die neg. gest. actio eben wegen dieser Erbschaftsschulden zunächst zugestanden wird, und für das Klagerecht in dieser Beziehung ein beachtenswerthes Moment in dem Umstand liegt, daß die Handlungen des vermeintlichen Erben nach erhobnem Rechtsstreit also zu einer Zeit erfolgten, wo bei diesem mit dem Zweifel an seinem Erbrecht die Absicht einen Andern verpflichten zu wollen, mindestens denkbar ist.

Alle diese Stellen sind kaum geeignet, eine schon anderweitig begründete Lehre zu unterstützen, eine aus sonstigen Rücksichten ungerechtfertigte Ansicht zu beweisen, wären sie dagegen nicht im Stande, selbst wenn der ihnen untergelegten Tendenz nicht ausdrücklich die namhaftesten Römischen Juristen widersprächen. Dieß geschieht aber von:

Papinian: l. 48. Dig. de rei vindicat. (VI. 1.) Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, — exceptione doli mali opposita, per officium judicis aequitatis ratione servantur.

Paulus: l. 14. §. 1. Dig. comm. divid. (X. 3.) Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, — per exceptionem doli retinere possem.

L. 29. Dig. eod.: Diversa causa est ejus, qui putat se in rem propriam impendere, quum sit communis; huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum est.

L. 14. Dig. de doli mali except. (XLIV. 4.) Paulus respondit: eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.

Gajus: l. 7. §. 12. Dig. de acquird. rer. dom. (XLI. 1.) — Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli.

Pomponius: l. 31. §. 2. Dig. de donat int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) — Nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam [1]).

Die überzeugende Beweiskraft dieser unzweideutigen Entscheidungen hat denn auch der richtigen Meinung sehr bald Eingang verschafft. Unter den älteren Juristen vertheidigt sie schon Donell [2]) und Cujas [3]),

---

1) Auch die const. 2. Gregor. Cod. de rei vind. (III. 3.) gehört hierher.

2) Comm. lib. XX. cap. 7. §. 29 sq. (ed. Bucher. vol. XIII. pag. 40.)

3) Observat. lib. X. cap. 4. (vol. III. pag. 255.) Non video, qua ratione defendere possis, quod Martinus voluit, sumtus a possessore

unter den Neuern haben sich ausdrücklich für sie erklärt: Mühlenbruch [1]), von Vangerow [2]), Sell [3]), Kämmerer [4]) und Andere. Valett [5]) hält in dem angegebnen Fall eine indebiti condictio für zulässig, J. A. Seuffert sagt allgemein, daß auch eine Klage möglich sei [6]). Dagegen hat, wie Glück [7]) behauptet und Thibaut [8]) bezeugt, wenigstens eine theilweise Praxis, dennoch eine neg. gest. actio utilis zugelassen, mit welchem Recht mag man leicht aus dem Bekenntniß beurtheilen, daß dieß im Widerspruch mit den Quellen, welche die ursprüngliche Natur dieser Klage festhalten, geschehen sei.

Weit größre Schwierigkeiten macht die zweite Frage, ob der, welcher irrthümlich eine fremde Schuldverbindlichkeit in eignem Namen erfüllt, den Betrag mit der neg. gest. actio utilis von dem wahren Schuldner zurückfordern dürfe? So sehr auch diese Behauptung den allgemeinen Grundsätzen der Negotiorum Gestio zuwiderläuft, so läßt sich dennoch nicht verkennen, daß die Zulässigkeit jener Klage in dem angegebnen Fall in mehreren Quellenstellen ausdrücklich bezeugt wird, und alle Versuche diese auf andre Weise als durch Annahme exceptioneller Bestimmungen zu erklären gescheitert sind. Wenn aber, wie wir gesehen haben, viele Juristen einer möglichst unbeschränkten Ausdehnung der neg. gest. actio selbst bei widersprechenden Ansichten der Römer geneigt waren, so mußte hier, wo sich in den Quellen eine nicht unbeachtenswerthe Unterstützung fand, um so eher die Meinung, daß jene Klage in diesem Fall durchgängig anwendbar sei, Geltung gewinnen. Zu den Vertretern der streng consequenten Lehre, welche diese Ansicht verwerfen, gehören besonders Donell [9]), Cujas [10]), Cocceji [11]), Vinnius [12]), Voet [13]), Mühlen-

factos in praedia, quae aliena esse apparuit actionis jure repeti posse. Doch ist er der Annahme einer Condiction geneigt.

1) Pand. Recht. Bd. II. §. 272.
2) Leitfaden Bd. I. §. 334. S. 586.
3) Versuche Th. I. §. 50. S. 131.
4) a. a. O. §. 6. S. 152.
5) Prakt. Pand. R. Bd. I. §. 90. Not. 72.
6) Prakt. Pand. R. Bd. I. §. 154. a. Ende.
7) Comm. Bd. VIII. §. 592. S. 310. Bd. XI. §. 740. S. 152.
8) System des Pand. R. §. 710. a. E.
9) Comm. lib. XV. cap. 16. §. 8. (Ed. Bucher. vol. IX. pag. 147.)
10) Tract. VII. ad l. 38. §. 2. Dig. de solutionbs. Tract. VIII. ad l. ult. Dig. h. t. ad African. (Tom. I. pag. 1423 et 1430.)
11) Jus contr. ad tit de neg. gest. qu. 5.
12) Paratitla jur. civ. lib. IV. Roterod. 1663. lib II. cap. 41. pag. 338.
13) Comm. ad Pand. Hagae Comit. 1698. ad lib. III. tit. 5. §. 13.

bruch [1]), Valett [2]), Kämmerer [3]), und v. Vangerow [4]). Angenommen wird aber jene Erweiterung der contraria actio als Regel von Titius [5]), Lauterbach [6]), Hellfeld [7]), Glück [8]), Bucher [9]), und gewissermaaßen auch von Sell [10]).

Auffälliger Weise haben unter den Bekennern der letzteren Meinung nur Wenige sich der besten von den ihnen zu Gebote stehenden Beweismitteln bedient. Während nämlich, wie schon erwähnt wurde, in einigen Stellen der Compilation die neg. gest. actio als anwendbar bezeichnet wird, und es deßhalb zu erwarten stand, daß die Vertheidiger ihrer Zulässigkeit aus diesen Ausnahmen eine Regel bilden würden, finden wir bei Mehreren derselben als Rechtfertigung nur eine allgemeine Berufung auf die Billigkeit, oder andere Quellenstellen beigebracht, die den Charakter der Irrelevanz für unsere Frage unverkennbar an sich tragen.

So hat man sich auf l. 5. §. 1. und l. 6. §. 8. Dig. h. t. bezogen, wo Ulpian und Julian von Fällen sprechen, in denen der Geschäftsführer in der Person des Dominus irrte, ferner auf §. 9. und 10. eod., wo von den Wirkungen der Ratihabition die Rede ist. In allen diesen Stellen ist das entscheidende Moment der Absicht fremde Geschäfte zu führen, so unverkennbar der contraria actio zu Grunde gelegt, daß nur eine vollständige Verwechselung des animus neg. alien. gerendi und der Contemplation darauf führen konnte, ihnen hier irgend eine Beweiskraft beilegen zu wollen.

Mit nicht größerm Erfolg hat Hellfeld für seine Ansicht die l. 3. §. ult. l. 19. §. 2. Dig. h. t., sowie die constitut. 11. und 17. Cod. eod. angeführt. In dem erstgenannten Fragment heißt es, daß die mandati und neg. gest. actio concurriren können, wenn Jemand bei der Absicht fremde Geschäfte zu führen, dazu noch von einem Dritten Auftrag empfangen hat. Stellt nun auch in diesem Fall der ertheilte Auftrag den Gestor so sicher, daß er seiner Geschäftsführungsklage nicht bedarf, so ist und bleibt doch letztere hier in ihrer ursprünglichen

1) Pand. R. §. 715.
2) Pand. R. Bd. II. §. 658. Not. 98.
3) a. a. O. §. 14. S. 141—148.
4) Leitfaden §. 664. Bd. III. S. 482.
5) Jus. privat. Rom. Germ. ad. tit.: de neg. gest. c. 9. §. 8.
6) Coll. Theoret. Pract. ad tit. de neg. gest. §. 9.
7) Jurisprud. forens. §. 421.
8) Comment. Bd. V. §. 412. S. 346.
9) Recht der Forderungen §. 145.
10) Versuche: §. 51. S. 134.

Natur anwendbar, ihre Zulassung deutet also auch nicht entfernt auf eine Ausdehnung derselben, aus welcher sich irgend ein Schluß auf einen weitern Umfang der contraria actio folgern ließe. Dasselbe gilt von der l. 19. §. 2. cit., wo von einer Negotiorum Gestio durch einen bona fide serviens die Rede ist. Hellfeld zieht den Kreis, für welchen die neg. gest. actio schon anfänglich ihre Geltung bewährte, viel zu eng. Der Prätor hatte durch sein Edict jeder bisher nicht klagbaren Besorgung fremder Angelegenheiten einen rechtlichen Schutz verliehen, auf dem Weg einer ganz natürlichen Entwickelung trat deßhalb jene Klage im Fall eines mangelhaften Mandats, wo die mandati actio unmöglich wurde, ein, an eine künstliche Ausdehnung derselben ist hierbei nicht zu denken. Auch die Constitutionen beweisen nichts, weil sich in der const. 11. cit. der animus neg. alien. gerendi, dessen Mangel bei unserer Frage die ganze Schwierigkeit ausmacht, ganz ausdrücklich erwähnt findet, die const. 17. dagegen zwar von einer neg. gest. actio utilis, aber nicht von einer contraria, sondern der dem Dominus zustehenden directa actio spricht.

Bei weitem besser hat es Glück verstanden, die ihm für seine Meinung zu Gebote stehenden Belege zu benutzen. Die Quellenstellen, auf die er sich bezieht, sind eben diejenigen, welche allein Schwierigkeiten machen, da sie allerdings ausnahmsweise die Anwendbarkeit der actio utilis aussprechen. Hierher gehört zunächst die:

L. 14. §. 11. Dig. de relig. et sumt. funer. (XI. 7.) Ulpianus lib. XXV. ad Edict.: Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens; et ita Trebatius et Proculus putant. **Puto tamen, et ei ex causa dandam actionem funerariam.**

Das Verhältniß, in welchem die funer. actio zu der neg. gest. actio steht, werden wir genauer erst weiter unten kennen lernen, schon hier dürfen wir aber als bekannt voraussetzen, daß die Begräbnißklage nur eine für gewisse Fälle speziell charakterisirte neg. gest. actio ist, und die allgemeinen Grundsätze, welche für diese gelten, auch für jene festgehalten werden müssen [1]). Ulpian bezeugt auch, daß das Requisit des animus neg. alien. gerendi regelmäßig bei der funer. actio nothwendig sei, er spricht durch die angegebene Entscheidung außerdem den für uns wichtigen Grundsatz aus, daß die Klage aus einer Geschäftsführung nicht möglich sei, wenn Jemand in der

1) Abweichungen erklären sich aus den faktischen Umständen, unter welchen die fun. actio auftritt. Vergl. den letzten Abschnitt.

Meinung, seine eignen Angelegenheiten zu besorgen gehandelt habe; er selbst giebt aber für den angegebnen Fall eine actio utilis, eine Bestimmung die von Paulus wiederholt wird in:

L. 32. pr. Dig. eod. Paulus lib. XXVII. ad Edict.: Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit, quod impendit, utilem esse ei funerariam.

Wie beide Juristen hier auf die Annahme einer Klagberechtigung gekommen sind, und wie diese zu rechtfertigen ist, darüber sind die verschiedenartigsten Meinungen aufgestellt worden. Faber [1]), und mehrere Andere mit ihm, will dieß aus dem Grundsatz erklären, daß der bon. fid. possessor einer Erbschaft keinen Schaden leiden solle. Mit Recht hat aber hiergegen Kämmerer eingewendet, daß Ulpian überhaupt gar nicht von einem Erbschaftsbesitzer, Paulus dagegen ganz allgemein von einem Solchen ohne Rücksicht auf die bona oder mala fides desselben spricht, Beide sich also einer auffälligen Ungenauigkeit im Ausdruck schuldig gemacht haben müßten, die ihnen ohne weitern Grund nicht zur Last gelegt werden kann.

Besondere Beachtung verdient Kämmerers eigene Ansicht [2]). Nach einer sorgfältigen Prüfung aller bisher aufgestellten Meinungen entscheidet er sich dafür, daß in dem favor religionis et funeris, sowie in der publica utilitas der eigentliche Grund zu suchen sei, weßhalb hier die Strenge des Rechts unberücksichtigt gelassen, und die nach Consequenz desselben durchaus verwerfliche Klage in dem fraglichen Fall dennoch für anwendbar erklärt worden sei. Hierfür beruft er sich auf das Prätorische Edict, das, ebenso wie in unserer Stelle eine actio utilis ex causa gegeben wird, ebenfalls ex causa aufgestellt wurde: ne insepulta corpora jacerent, ferner auf Papinian, der in l. 43. Dig. eod. (XI. 7.) sagt: Propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet; nam summam esse rationem, quae pro religione facit. Soviel aber diese Ansicht auch für sich hat, so läßt sie doch einen Punkt unerläutert, der gewiß Berücksichtigung verdient. Hielten es nämlich die Römer für ein Unglück unbegraben zu bleiben, und ließen sie deßhalb eine Klage gegen das consequente Recht zu, so entsteht doch die Frage, weßhalb ältere Juristen wie Trebatius und Proculus dieß nicht thaten,

1) Rational. ad Pand. ad tit. de relig. et sumtib. fun. l. 14. §. 11. u. l. 32. (Tom. II. p. II. pag. 588. et 600.) Derselben Ansicht ist Glück: Bd. XI. §. 772. S. 426.

2) a. a. O. §. 9. S. 165.

dagegen erst weit spätere, wie Ulpian, dem Volksglauben Einfluß gestatteten? War es ein Aberglauben der in den angegebenen Fällen auf die actio utilis führte, so sollte man eher erwarten, daß dieser in früheren Zeiten herrschend, später sich verloren haben würde, anstatt daß er früher nicht anerkannt, erst zu Zeiten Ulpians seine Wirkungen zu äußern beginnt. In der That verträgt sich auch die bekannte rigoristische Consequenz des Paulus nur schlecht mit einem solchen dem Vorurtheil gemachten Zugeständniß.

Dieselben Gründe führt Kämmerer an zur Erklärung der [1]):

L. 50. §. 1. Dig. de hered. pet. (V. 3.) Papinianus libro VI. Quaestionum. Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumtus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum veluti hereditario negotio gesto.

Auch hier soll der favor testamentorum und religionis den Grund für die Zulassung der neg. gest. actio abgeben, allein auch hier läßt sich, so unverkennbar aus jenem sich der Zwang gegen den wahren Erben zur Errichtung des Denkmals ergiebt, dadurch doch nicht die Anwendung jener Klage erklären. Auch nach der Ansicht von Kämmerer ist es zuletzt immer die Billigkeit, welche diese rechtfertigen soll, nehmen wir aber an, daß aus Rücksichten der Billigkeit die Römischen Juristen von dem strengen Recht abgewichen sind, so können wir jedes andern Grundes entbehren. Die meiste Schwierigkeit macht endlich die:

L. ult. Dig. h. t. Africanus libro VIII. Quaestionum: Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses; sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer.

Die im Anfang dieses Fragments über die directa actio gegebene Bestimmung ist schon oben Gegenstand unserer Untersuchung gewesen, hier ist nur der Schlußsatz für uns von Interesse, in welchem

---

1) a. a. O. §. 10.

Julian sagt, daß Demjenigen, der, in der Meinung Erbe zu sein, Legate ausgezahlt habe, das Recht zustehe, den Betrag derselben mit der neg. gest. actio von dem wahren Erben zurückzufordern, weil dieser durch die Zahlung befreit worden sei.

Um die Interpretation dieser Stelle haben sich insbesondere diejenigen Juristen verdient gemacht, die dem vermeintlichen Erben eine Klagberechtigung gegen den Schuldner absprechen. Die verbreitetste Ansicht hierüber stammt schon aus der Glosse, ist aber von Cujas besonders ausgeführt worden. Cujas [1]) unterscheidet zwischen einem handeln suo et hereditario nomine. Zahlt Jemand suo nomine, so kann er nie als Gestor eine Klage haben, wenn er hingegen hereditario nomine handelt, so führt er gleichsam die Geschäfte des Erben, für den er sich selbst hält. Es ist also bei ihm, wenn auch nicht direct der animus neg. alien. gerendi, doch die Absicht vorhanden, nicht zunächst für seine Person die Angelegenheiten zu besorgen, er thut dieß vielmehr für den Erben, wer dieß auch sei; findet sich nun diese Eigenschaft nicht, wie er vermuthet hatte, an ihm selbst, sondern bei einem Dritten, so kann er diesen ebenso belangen, wie nach dem Grundsatz, daß ein Irrthum über die Person des Dominus nicht schadet, ihm dieß gestattet ist, wenn er den Titius für den Erben hielt, während Sempronius es war.

Dieser Ansicht, mit der unmittelbar die Erklärung jener l. ult. cit. gegeben ist, haben sich unter Anderen: Faber [2]), Voet [3]), endlich vor Allen Donell [4]) angeschlossen, und wirklich ist sie anf den ersten Anblick zu bestechen um so eher geeignet, als sie noch anderweitige Unterstützung findet. Es ist ein bekannter Grundsatz, daß, wie einerseits Jemand für einen Andern gültig Zahlung leisten kann [5]), so andrerseits der wahre Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wenn Jener in eignem Namen die Zahlung geleistet hat [6]). In der l. ult. cit. wird nun ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Erbe liberirt worden ist, es scheint also als habe der Besitzer nicht in eignem Namen gehandelt. Dazu kommt noch, daß, wie sich aus den Worten: quandoquidem ea solutione liberarer ergiebt,

1) Tract. VII. et VIII. ad African. (Tom. I. pag. 1430.)

2) Rational.ad l. 50. Dig. de h. p. (V. 3.) (Tom. II. p. I. pag. 309.)

3) Comm. ad tit.: de neg. gest. §. 13.

4) Comm. lib. XIX. cap. 15. §. 21—26. (Ed. Bucher: vol. XII. pag. 461.)

5) l. 39. Dig h. t. l. 53. Dig. de solut. et lib. (XLVI. 3.)

6) l. 31. pr Dig. de hered. pet. (V.3.) l. 28. Dig Mandat. (XVII. 1.) l. 17. Dig de solut. (XLVI. 3.)

kein indebitum gezahlt wurde. Ein solches müßte aber in diesem Fall durchaus vorhanden sein, wenn der vermeintliche Erbe für seine Person Zahlung geleistet hätte [1]). Endlich scheint sich auch durch die Annahme des Cujas die bereits erwähnte const. 12. §. 1. Cod. de pet. hered. (III. 31.) und die const. 5. Cod. eod. am besten zu erklären.

Ungeachtet aller dieser Vorzüge kann sie aber dennoch nicht befriedigen. Die Befreiung des Erben hat sicher ihren Grund wie Kämmerer [2]) bemerkt, nicht in der Absicht des vermeintlichen Erben, sondern darin, daß dieser seine eigenen legirten Sachen hingegeben hatte [3]). Waren in einem Testament fremde Sachen legirt worden, und hatte der Eigenthümer dieselben den Vermächtnißnehmern ausgeliefert, so waren sie mit ihren Ansprüchen unbedingt befriedigt, der wahre Erbe nothwendiger Weise befreit. Afrikan setzt also mit den Worten: quandoquidem — liberarer nicht eine Zahlung in fremdem Namen voraus, die gemachte Leistung liberirt den heres, weil der Legatar die ihm speziell verschriebene Sache empfangen hat.

Die angeführten Constitutionen ferner finden auch auf andere Weise eine befriedigende Erklärung:

Const. 5. Cod. de hered. pet. (III. 31.) Imp. Antoninus: De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione ejus detrahetur, quod creditoribus ejusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris; nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.

Diese Entscheidung ließe sich zunächst dadurch rechtfertigen, daß der Kaiser von einem Fall spricht, in welchem Erbschaftsgläubiger während des Rechtsstreites von dem Besitzer befriedigt worden sind. Diese Annahme, die Kämmerer [4]) aus verschiedenen Gründen für hinlänglich bewiesen ansieht, hebt nach seiner Meinung die ganze Schwierigkeit bei jener Constitution, in welcher das Rückforderungsrecht den Gläubigern gegenüber geläugnet, also eine Befreiung des wahren Erben im Widerspruch mit den übrigen Quellenstellen [5]) angenommen wird, auf. Nach Anstellung der hered. petitio, sagt Kämmerer, wird der Besitzer in malam fidem versetzt. Unter diesen

1) l. 65. §. ult. l. 19. §. 1. Dig. de cond. ind. (XII. 6.)

2) a. a. O. §. 14. S. 343.

3) Haloander liest mit Unrecht legatariis statt legatas. Statt quandoquidem hat die Florent.: quandoque de.

4) a. a. O. §. 13. S. 196 u. 198.

5) l. 19. §. 1. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) l. 31. pr. Dig. de hered. pet. (V. 3.) l. 38. §. 2. Dig. de solut. (XLVI. 3.)

Umständen wird er aber schon immer seiner eignen Sicherheit wegen, irgend eine Erklärung hinzufügen, daß er für den wahren Erben, also offenbar für einen Andern zahle. Diese Erklärung zieht consequenter Weise die Wirkung nach sich, daß der wahre Erbe stricto jure befreit wird, und eben deßhalb muß die Condiction wegfallen.

Hiergegen muß man zunächst geltend machen, daß nach dieser Interpretation die Richtigkeit des unbedingten Ausspruchs des Kaisers von einer möglichen, aber nirgends erwähnten Erklärung des Erbschaftsbesitzers abhängig gemacht wird. Außerdem spricht nicht bloß in der Constitution kein Wort dafür, daß die Zahlung nach erhobener hered. pet. geleistet worden ist, es deutet sogar auf eine frühere Befriedigung der Gläubiger der Satz hin: quod exsolvisse te bona fide probaveris. Eben aus dieser dem Besitzer gemachten Zumuthung den Beweis der bona fide gemachten Zahlung zu erbringen, schließt nun zwar Kämmerer, daß von einem malae fidei possessor, und zwar von einem solchen, den die Klage dazu gemacht hatte, die Rede sei, weil dem Besitzer im guten Glauben freies Dispositionsrecht über die Erbschaft zustehe; allein dieser Argumentation muß man doch entschieden widersprechen. Wenn es in der angeführten Stelle heißt, der Besitzer solle beweisen, daß er bona fide gezahlt habe, so bezieht sich offenbar der gute Glaube auf sein Erbrecht, und nicht etwa auf die Rechtmäßigkeit der Forderung Seitens des Gläubigers. So klar dieß ist, so muß es dennoch erwähnt werden, weil nach Kämmerer hierdurch allein die Constitution verständlich werden würde. Der in mala fides versetzte Besitzer kann angeblichen Creditoren der Erbschaft gegenüber noch in dem guten Glauben gewesen sein, daß diese gültige Forderungen hätten; von dem malae fidei possessor, der dieß durch die gegen ihn erhobene Klage geworden ist, kann aber der Kaiser unmöglich den Beweis verlangen, daß er ebenfalls nach der Klaganstellung bona fide Schulden bezahlt hat.

Die richtige Meinung über unsere Constitution finden wir beiläufig erwähnt bei von Vangerow [1]). In der l. 44. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) [2]) findet sich ein Ausspruch des Paulus, nach welchem das Rückforderungsrecht mit der Condiction ganz allgemein abgesprochen wird, wenn das Gezahlte objectiv kein indebitum war, das heißt der Gläubiger nur das empfangen hatte, worauf ihm ein Forderungsrecht zustand. Daß diese Bestimmung auf den Fall beschränkt wer-

1) Leitfaden Bd. II. §. 508. Anmerkg. II.

2) Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.

den muß, wenn die Zahlung im Namen des Schuldners geschah, ist nothwendig anzunehmen, weil derselbe Paulus in l. 65. eod. eine in eignem Namen vorgenommne Zahlung an den wahren Gläubiger eines Andern als indebitum bezeichnet, womit Pomponius in der l. 19. eod. übereinstimmt. Es ist nun wohl möglich, daß der Kaiser in der const. cit. in Folge eines Mißverständnisses jener l. 44. die Berechtigung das Gezahlte zurückzufordern läugnet, mindestens deutet darauf, daß er den oben angegebenen Grundsatz des Paulus zu allgemein auffaßte, und in Folge davon die Zulässigkeit der ind condictio nicht annahm, wenn der Gläubiger in einer rechtmäßigen Forderung befriedigt worden war, ziemlich deutlich die Worte hin: nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.

Anders verhält es sich mit der:

Const. 12. §. 1. Cod. de petit. hered. (III. 31.) Imp. Justinianus: Quodsi petitor victus fuerit, simili modo a possessore judicis officio ei satisfiat, vel, si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.

Hier dürfen die gezahlten Erbschaftsschulden von dem petitor gegenüber dem siegreichen Besitzer mit der neg. gest. actio zurückgefordert werden, wenn ersterer mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß er für den Erben, dessen Person noch ungewiß sei, handle, gezahlt hat. Wurde diese Verwahrung nicht eingelegt, so findet die ex lege condictio Statt. Justinian macht also nicht, wie nach Kämmerers Meinung, Antonin seine Entscheidung von einer nicht weiter erwähnten Erklärung der Zahlenden abhängig, er giebt vielmehr in Gemäßheit der Fälle, die eintreten können, die eine oder die andere Klage.

Ganz besonders steht endlich der Meinung des Cujas die Frage entgegen, wie der Erschaftsbesitzer im guten Glauben bei seinem Thun einen Unterschied zwischen einem Handeln in eignem und fremdem Namen machen kann. Es ist eine nothwendige Folge der bona fides, daß sich bei ihm seine eigne und die Person des Erben vollständig identificirt, und eben deßhalb ist es für ihn unmöglich erbschaftliche Schulden nomine hereditario zu zahlen, ohne zugleich suo nomine zu handeln. Er kann sich sehr wohl seine eigene Person ohne die Eigenschaft als Erbe denken, nicht aber diese Qualität als von seiner Person getrennt betrachten. Dieß fühlt auch Donell, der ebenfalls den Unterschied zwischen einem Handeln suo et hereditario nomine festhält, und sagt deßhalb lib. XIX. cap. 15. §. 23. [1]): Et

1) Comm. lib. XIX. cap. 15. §. 23. (Ed. Bucher. tom. XII. pag. 466.)

certe, quamdiu nullam causam habet, cur non se existimet esse heredem, vix est, ut possit alio nomine solvere, quam suo. Wenn er aber die Möglichkeit, erbschaftliche Schulden zu bezahlen, erst von dem Augenblick annimmt, wo den vermeintlichen Erben ein Zweifel hinsichtlich seiner Berechtigung überkommt, so verliert auch diese ganze Lehre für die Ausgleichung der l. ult. mit den übrigen Rechtsgrundsätzen ihren Werth, da Afrikan nur von einem Solchen spricht, der sich für den wahren Erben ohne Zweifel hält.

Wie man aber der bisher vorgetragenen Ansicht nicht beistimmen kann, ebenso ist auch die Erklärung, welche Kämmerer [1]) von jener Stelle giebt, nicht befriedigend. So gewiß ihm das Verdienst gebührt auf den eigentlichen Befreiungsgrund des Erben, nämlich auf den Umstand aufmerksam gemacht zu haben, daß der vermeintliche Erbe seine eignen legirten Sachen den Legataren hingegeben hat, und so richtig die weitern Erklärungen sind, daß der wahre heres die absolute Verbindlichkeit hatte, Jenem als Eigenthümer die vermachten Gegenstände abzukaufen, so ist dennoch die Anwendung der neg. gest. actio damit noch nicht erklärt, daß bei dieser Verpflichtung sich dasselbe Resultat herausstellen würde, welches auf kürzerem Wege sich durch die Zulassung jener Klage ergiebt. Allerdings ist das Resultat das nämliche, ob der Eigenthümer mit seinen eignen Sachen die Legatare befriedigt hat und den Werth derselben mit der Geschäftsführungsklage ersetzt verlangt, oder die Sachen selbst zurückfordert, und sie sich dann von diesem abkaufen läßt; allein dieß rechtfertigt nur die Brauchbarkeit der neg. gest. actio an dieser Stelle. Daß aber äußre Gründe vorlagen, welche diese Klage als wünschenswerth erscheinen ließen, darüber ist kein Zweifel, und man braucht sie eben nicht weiter als in den Anforderungen der Billigkeit zu suchen, es fragt sich aber nach den innern Gründen, welche die Möglichkeit der Zulassung einer Geschäftsführungsklage ergeben, es handelt sich um den Nachweis, wie diese für deren Zulassung faktische Umstände sprachen, mit den übrigen rechtlichen Grundsätzen in Einklang gebracht werden konnte.

Die unverkennbaren Schwierigkeiten, welche die Erklärung der l. ult. selbst als exceptioneller Bestimmung unterliegt, hat endlich Sell dadurch vermieden, daß er in ihr die allgemeine Regel in Folge des Grundsatzes, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, ausgesprochen findet, und die Bestimmung, daß die

1) a. a. O. §. 14. S. 341—348.

auf eine fremde Sache gemachten Verwendungen mit einer Klage nicht eingefordert werden dürfen, als Ausnahme ansieht [1]). Diese Ansicht löst nun zwar unsere Frage, allein sie thut dieß nur, um die mindestens ebenso schwierige entstehen zu lassen, aus welchen Gründen bei Impensen singuläre Anordnungen getroffen sind? — eine Frage, von welcher Sell selbst bekennt, daß sich mit völliger Gewißheit Nichts darüber behaupten lasse.

Unter den Juristen, welche den Satz, daß die neg. gest. actio, wenn fremde Geschäfte unwissentlich als eigene geführt wurden, utiliter zulässig sei, in seiner Allgemeinheit nicht für richtig halten, bleibt uns, nachdem wir die Erklärungen, welche über die widersprechenden Quellenstellen Cujas, Donell und Kämmerer geben [2]), kennen gelernt haben, nur noch von Vangerow übrig [3]). Er zieht aus den vier angeführten Fragmenten die Regel, daß aus Billigkeitsgründen die Klage anwendbar sei, wenn der Dominus von einer Zwangsverbindlichkeit durch die von einem Andern irrthümlich in eignem Namen vorgenommene Handlungen befreit wurde.

Diese Meinung, für welche der ausdrückliche Hinweis auf den Zwang gegen den Erben ein Monument zu setzen in l. 50. Dig. de hered. pet. (V. 3.) und ebenso Afrikans Worte: res tuas proprias legatas solvisses nach der von Kämmerer gegebenen Erklärung sprechen, ist vielleicht schon deßhalb die richtigste, weil sie die natürlichste ist. Bei der unumstößlichen Wahrheit des Grundsatzes, daß die neg. gest. actio contraria von der Existenz des animus neg. alien. gerendi abhängig ist, wird wohl schwerlich jemals der Nachweis gelingen, daß dieselbe ihrer Natur nach nothwendig und unbedingt in den von Ulpian, Paulus, Papinian und Afrikan mitgetheilten Fällen Platz greifen mußte. Gewiß liegt in ihrer Zulassung von Seiten dieser Juristen eine Erweiterung über den Kreis ihres eigenthümlichen Umfangs hinaus, und sicher sind es zunächst die durch die Liberirung des wahren Erben besonders hervortretenden Anforderungen der Billigkeit gewesen, denen man dieses Zugeständniß gemacht hat. Allein wenn auch die Römischen Juristen zuerst durch diese äußern Gründe bei ihren Entscheidungen geleitet wurden, so glaube ich dennoch, daß ihnen eine Auffassung geläufig war, nach welcher sie, ohne sich über dieselbe auszusprechen, die Anwendung der neg. gest. actio mindestens entschuldigen

1) a. a. O. §. 50—53. S. 133—136.

2) Andere, wie z. B. Voet, folgen ohne weitere Untersuchung der Ansicht des Cujas.

3) Leitfaden Bd. III. §. 664. S. 482.

konnten, und es kann ein Versuch, diese Auffassung kennen zu lernen, nicht als eine Ueberschreitung unserer Aufgabe gelten.

Wenn Jemand fremde Schulden bezahlt, so ist dieß ohne hinzutretenden animus neg. alien. gerendi kein negotium alienum, d. h. kein Geschäft, welches den wahren Schuldner angeht. Dieser wird nicht befreit, Jener kann das Gezahlte mit der indebiti condictio zurückfordern [1]). Wenn dagegen der vermeintliche Erbe den Erblasser bestattet, ihm ein Monument setzt, oder seine eignen legirten Sachen den Vermächtnißnehmern hingiebt, diese also eben weil sie speziell bestimmte Gegenstände zu fordern berechtigt waren, vollständig befriedigt, so braucht der wahre Erbe alle diese Handlungen, zu denen er verpflichtet war, nicht mehr vorzunehmen, er ist von seiner Verbindlichkeit hierzu befreit. Hier sind seine Geschäfte besorgt, das objective Moment überwiegt das subjective, auf die Absicht des Handelnden kommt dabei Nichts an, es ist eine Negotiorum Gestio vorhanden. Aus dieser entspringt sofort die directa actio, die contraria aber nicht, so lange beim Gestor der Wille mangelte, fremde Geschäfte zu führen, und einen Andern verbindlich machen zu wollen.

Dieß ist der Punkt, aus welchem alle Schwierigkeiten bei unsrer Frage entspringen. Der vermeintliche Erbe kann, so lange er an seine eigne Berechtigung glaubt, nie für einen Andern als Erben handeln, er betrachtet stets sich selbst als Geschäftsherrn, und könnte deßhalb eigentlich nie die Klage haben. Sollten nun die Römischen Juristen, wenn sie diese ihm dennoch verstatten, das Resultat einer Voraussetzung da als wirksam anerkannt haben, wo diese selbst völlig mangelte, sollten sie den animus neg. alien. gerendi, der die Basis der contraria actio ausmacht, nicht in gewisser Rücksicht wenigstens für möglich angesehen haben, wo sie die Geschäftsführungsklage zuließen?

Wer mit dem Bewußtsein in fremden Angelegenheiten zu handeln erbschaftliche Geschäfte führte, würde früher überhaupt keinen Anspruch gehabt haben, wenn nicht der Prätor in seinem Edict den ausdrücklichen Zusatz: sive negotia, quae cujusque, quum is moreretur, fuerint, gesserit, gemacht hätte. Ueber diesen Fall eine besondere Bestimmung zu geben, schien, wie Ulpian bemerkt [2]), deßhalb nothwendig, weil ein solcher Geschäftsführer weder für den Testator, der schon verstorben war, noch für den Erben, weil dieser die Erbschaft noch nicht angetreten hatte, gehandelt hatte, die Negotiorum Gestio

1) l. 38. §. 2. Dig. de solut. (XLVI. 3.)
2) l. 3. §. 6. Dig. h. t.

also des Dominus entbehrte [1]). In spätrer Zeit war aber eine Auffassung möglich geworden, nach der es einer Berufung auf jenen Zusatz nicht bedurfte. Dieß zeigt die:

L. 21. §. 1. Dig. h. t. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat.

Dieser Ausspruch des Paulus würde, so geläufig er uns jetzt erscheint, bedeutende Schwierigkeiten machen, wenn wir nicht wüßten, daß man in spätrer Zeit der hereditas jacens Persönlichkeit beigelegt hat [2]), und eben hierdurch es möglich wurde, zwischen der Erbschaft selbst und dem der hereditaria negotia gerirt ein obligatorisches Verhältniß anzunehmen. Eine Fiction aber, wie die angegebne, ist auch bei unserer Frage gewiß beachtenswerth, vielleicht sogar von großer Bedeutung, denn mit ihr tritt außer dem wahren Erben eine neue Person auf; von der es sich fragt, ob sich nicht auf sie der animus obligandi des vermeintlichen Erben richten kann.

Es ist nicht zu verkennen, daß auf den ersten Anblick diese Annahme von demselben Geschick bedroht erscheint, welches die Ansicht des Cujas betroffen hat. Wer in der Meinung, selbst Erbe zu sein, erbschaftliche Geschäfte führt, handelt eben wegen der Ueberzeugung von seiner Berechtigung nur für sich, in eignem Namen, und es ist bei ihm die Absicht mit dem einen Geschäft seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen, mit dem andern dagegen die Erbschaft verpflichten zu wollen, nicht recht denkbar. Außerdem kann er auch den Willen, diese letztere verbindlich zu machen, schon deßhalb nicht haben, weil für ihn die hereditas als Persönlichkeit nicht existirt. Indem er selbst Erbe zu sein glaubt, und sich als solcher gerirt, ist dieselbe nach seiner Meinung angetreten, eine hereditas jacens nicht mehr vorhanden. Mit dieser Argumentation ist zweierlei bewiesen, erstens daß der vermeintliche Erbe nicht die Absicht haben kann, die Erbschaft als Persönlichkeit zu verpflichten, zweitens daß er, weil er stets suo nomine handelt, diejenigen erbschaftlichen Geschäfte, bei denen es auf eine Willensrichtung ankommt, nicht mit Erfolg vornehmen kann. Hiermit stimmt denn auch der in unsern Quellen häufig ausgesprochne Grundsatz überein, daß der, welcher in eignem Namen erbschaftliche Schulden bezahlt, das Rückforderungsrecht mit der indebiti condictio hat. Zwischen dem vermeintlichen Erben und dem Erbschaftsgläubi=

---

1) Vergl. Kritz a. a. O. §. 1. S. 356. Ein solcher Gestor hätte nicht **alterius**, sondern **nullius negotia** gerirt.

2) Vergl. Ihering, Abhandlung **III.** die Lehre von der **hereditas jacens**. S. 200 ff.

ger besteht gar kein Schuldverhältniß, zahlt Jener an Diesen, so zahlt er also keine Schuld, vielmehr ist ein vollständiges indebitum geleistet worden, und hierdurch kann der wahre Schuldner nicht befreit werden. Anders wenn in dessen Namen die Zahlung erfolgt ist, in diesem Fall wird er liberirt, weil sich der Wille des Stellvertreters auf die Tilgung einer wirklich existirenden Forderung richtet, und durch die vorgenommne Handlung realisirt wird.

Betrachten wir nun aber die Fälle, mit denen wir es hier zu thun haben. Auch für sie gilt der Einwurf, daß der vermeintliche Erbe stets in eignem Namen handle, den animus obligandi mithin nicht haben könne. Eine von den beiden Wirkungen, welche, wie wir gesehen haben, dieser Satz hat, fällt aber bei ihnen hinweg, die Wirkung, daß eben wegen des Handelns in eignem Namen die Geschäfte nicht mit Erfolg für den wahren Erben geführt werden können. Wer den Erblasser begräbt, ihm ein Monument setzt, oder die Legatare befriedigt, der liberirt Jenen sofort, gerirt also gleichviel in welcher Absicht er dieß thut, dessen negotia. Gegen die Annahme, daß er hierbei gleichsam die Erbschaft verbindlich machen will, bleibt aber immer der gewichtige Einwand bestehen, daß er nur für sich selbst handelt, mithin keinen Andern, am allerwenigsten aber die hereditas, die er angetreten glaubt, als Persönlichkeit verpflichten wollen kann.

Jede Behauptung, welche den Nachweis zum Zweck hätte, daß der vermeintliche Erbe gewissermaaßen nicht in eignem Namen gehandelt habe, könnte wohl nur zu Spitzfindigkeiten führen. Wenn er Erbe zu sein glaubt und als Erbe sich gerirt, so handelt er auch suo nomine, ja er kann nicht einmal wie der wahre heres in zwei Qualitäten als solcher und in seiner sonstigen Person auftreten, die erstere Eigenschaft fehlt ihm, in Wirklichkeit nimmt er also jedes Geschäft, das er führt für sich und in seiner zur Erbschaft unberechtigten Person vor. Sein Wille kann aber hierbei doch noch ein verschiedner sein. Indem er sich als Erbe gerirt, kann er als solcher für sich gewisse Dispositionen treffen, die ihm bei seinen jetzigen Verhältnissen als angemessen erscheinen, er kann aber auch ebenso in eignem Namen verfahrend, Handlungen vornehmen die nicht das Resultat seiner freien Willensbestimmung sind, die er vielmehr als Vertreter der Erbschaft vollziehen muß. Als solche Handlungen erscheinen die Erfüllungsakte von Verbindlichkeiten, die der Erbschaft selbst zur Last fallen. Bei diesen denkt er sich die hereditas als Gütercomplex seiner Person gegenüber, er handelt suo nomine, weil er sich allein für ihren Vertreter hält, allein er will für die Erbschaft eben nur als ihr Repräsentant

thätig sein. Wenn er nun hierbei aus seinem sonstigen Vermögen Verwendungen macht, so hat er die ganz natürliche Absicht sich wegen derselben aus der Masse der Erbschaft schadlos zu halten, er hat also mindestens den animus recuperandi. Dieser giebt ihm an sich noch keine Klage, allein unter Umständen ist er für ihn nicht ohne bedeutende Wichtigkeit. Stellt es sich nämlich jetzt heraus, daß er nicht Erbe ist, so muß man zunächst zwar ihm jeden klagbaren Anspruch gegen den wahren Erben absprechen. Er handelte in seinem Namen, konnte für diesen mit Erfolg in der Regel keine erbschaftlichen Geschäfte führen, und hatte bei der vorgenommnen Verwaltung durchaus nicht die Absicht, wegen derselben Jemand verbindlich zu machen. Wenn er aber negotia gerirte, die in ihrer Wirkung von seinem Willen unabhängig, ihre Geltung auch für den wahren Erben behielten, wenn durch sie Zwangsverbindlichkeiten erfüllt worden waren, er also diesen liberirt hatte, indem er die eigentliche Schuldnerin, die Erbschaft befreite, wenn es sich endlich zugleich zeigte, daß die hereditas sich als Persönlichkeit auffassen ließ, sollte in diesem Fall jener animus recuperandi nicht für ihn haben Bedeutung gewinnen können? Gestor war er durch die Besorgung von Angelegenheiten, die sich sofort als fremde herausstellten, vorgenommen hatte er diese für die Erbschaft, zu deren Besten sie denn auch ausgefallen waren, konnte ihm sein animus recuperandi der hereditas jacens gegenüber nun nicht zu einer Klage verhelfen?

Nach streng consequentem Recht war dieß nicht möglich, denn immer mangelte ihm die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, und eine bestimmte Person verpflichten zu wollen; allein wenn man zu Gunsten der Billigkeit eine Klage zugestehen wollte, so ließ sich die neg. gest. und die ihr in dieser Beziehung gleichstehende funeraria actio allenfalls entschuldigen, denn es waren wenn auch in eignem Namen in der That fremde Geschäfte besorgt worden, der Handelnde hatte dabei die Absicht gehabt, das Verwendete wieder zu erhalten, es war endlich eine Persönlichkeit vorhanden, auf die sich der animus obligandi, der unausgesprochen jener Absicht zu Grunde lag, hätte richten können.

Die Annahme, daß in Folge dieses Raisonnements die Römischen Juristen die Zulässigkeit einer Geschäftsführungsklage in dem angegebnen Fall nicht unbedingt verwarfen, kann in jedem Fall nur darauf Anspruch machen, sich als eine möglicher Weise richtige herauszustellen, denn mit Gewißheit werden sich die Gründe, durch welche Abweichungen vom streng consequenten Recht entschuldigt werden

konnten, überhaupt nur selten bestimmen lassen. Ihr bester Stützpunkt muß in ihrer Uebereinstimmung mit den Quellen sich finden, und daß diese ihr mindestens nicht widersprechen mag zunächst gezeigt werden.

Bei der vorgeschlagenen Auffassung wird erfordert: erstens, daß Geschäfte geführt worden sind, mit deren Besorgung eine Verbindlichkeit, die unmittelbar der Erbschaft zur Last fiel, erfüllt, zweitens, daß diese und somit der wahre Erbe liberirt wurde. Das Letztere ist Requisit, da bei dem Mangel an dem animus neg. alien. gerendi überhaupt keine Negotiorum Gestio vorhanden ist, wo die Geschäfte sich nicht objectiv als fremde ausweisen; das Erstere ist nothwendig, weil eben nur bei derartigen Angelegenheiten die Absicht des vermeintlichen Erben, der suo nomine handelt, sich darauf richten kann, für die Erbschaft speziell thätig sein, und aus ihr wegen der gemachten Auslagen sich entschädigen zu wollen. Diese beiden Haupterfordernisse sind zunächst in den vier Stellen, wo die funer. und neg. gest. actio zugelassen wird, vollständig erfüllt. Es ist ein bekannter und häufig ausgesprochner Grundsatz [1]), daß die Kosten für Begräbniß und Errichtung eines Monuments als Lasten der Erbschaft zu betrachten sind, daß eben nur der, welcher diese ganz oder theilweise erhält diese Verbindlichkeit zu erfüllen hat. Dasselbe gilt von der Zahlung der Legate. Ebenso ist es offenbar, daß durch die Bestattung des Erblassers und durch die Errichtung des Denkmals der heres von seiner Verpflichtung hierzu liberirt worden ist, in dem Fall der l. ult., wo die Befreiung als zweifelhaft erscheinen konnte, wird derselben ausdrücklich als nothwendig gedacht. Außerdem lassen sich auch jetzt einzelne Bemerkungen in den fraglichen Stellen mit Leichtigkeit erklären, während früher ihre Interpretation nicht ohne Schwierigkeit war. So z. B. wenn Ulpian in der **l. 14. §. 11.** cit. sagt, Trebatius und Proculus hätten die funeraria actio nicht verstattet, und nun als eigene Meinung hinzufügt: Puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam. Zu der Zeit jener älteren Juristen kannte man die Auffassung der hereditas jacens als einer Persönlichkeit, mit der obligatorische Verhältnisse eingegangen werden konnten, noch nicht. Ebenso wie Keiner von ihnen den Ausspruch des Paulus in der angeführten **l. 21.** Dig. h. t. gethan haben würde, ebenso mußten sie die Begräbnißklage verweigern, wo sie sich nur aus einer Verpflichtung der Erbschaft rechtfertigen ließ. Ulpian konnte sie da-

---

1) l. 12. §. 4. l. 14. §. 1. Dig. de relig. et sumtib. (XI. 7.)

gegen zulassen und zwar ex causa scilicet justa, wie schon Accurs bemerkt [1]).

Nicht minder beachtenswerth sind die Worte Papinians in der l. 50. cit.: aut actione negotiorum gestorum repetiturum veluti hereditario negotio gesto [2]). Wenn man mit diesem Zusatz die Worte der l. 21. Dig. h. t.: qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat vergleicht, so läßt sich mindestens als mögliche Erklärung angeben, daß Papinian gemeint habe, dem vermeintlichen Erben stehe die Klage zu, weil er gleichsam ein hereditarium negotium, das heißt ein Geschäft, durch welches er sich der Erbschaft verpflichtet, und dagegen auch diese verbindlich macht, geführt habe. Der Jurist fügt hinzu: veluti, denn in der That war eine unbedingte Verpflichtung der Erbschaft nicht möglich, weil Jener nicht fremde Angelegenheiten, und zwar eben für die hereditas hatte besorgen wollen.

Endlich steht unsrer Annahme keine der Stellen entgegen, in denen es heißt, daß der vermeintliche Erbe nur auf dem Weg der Retention seine Ansprüche geltend machen, hinsichtlich irrthümlich geleisteter Zahlung sich der Condiction bedienen könne. Dieser Grundsatz war und blieb Regel, die Zulässigkeit der Geschäftsführungsklage dagegen eine singuläre Bestimmung veranlaßt durch Rücksichten der Billigkeit, möglich gemacht durch ausnahmsweise eintretende Umstände. Mit Recht kann daher Julian in der l. 33. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) sagen:

Et ideo constat, si quis, quum existimaret, se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

Die Stützung eines fremden Hauses ist ein Geschäft, das ipso gestu den Eigenthümer oder Erben angeht [3]). Der vermeintliche Erbe ist also Gestor, die vorgenommene Reparatur kommt Jenem direct zu Statten, dennoch kann er die Klage nicht haben, denn als er das Geschäft besorgte, handelte er nicht zunächst für die hereditas, der es oblag das Gebäude nicht einstürzen zu lassen, er traf vielmehr für sich als Erben eine Disposition, die ihm zweckdienlich erschien. Anders müßte aber, vorausgesetzt daß unsere Auffassung eine richtige ist, die Entscheidung des Juristen ausgefallen sein, wenn der Einsturz Nachbarhäuser bedrohte, und deßhalb die Wiederherstellung gefordert

1) Vergl. Kämmerer a. a. O. §. 9. S. 167.

2) Kämmerer a. a. O. §. 13. S. 190 u. 194.

3) l. 6. §. 11. Dig. h. t.

war. In diesem Fall war die Reparatur eine nothwendige, deren Vornahme der Erbschaft als Last oblag. Der Besitzer hätte also hier ein hereditarium negotium gerirt, den heres befreit, und müßte nach den Entscheidungen in jenen vier Stellen eine actio neg. gest. haben.

Vierter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß zu dritten Personen.

§. 19. Erwerb von Besitz und Eigenthum durch den neg. gestor [1]).

Wenn sich die Absicht des Gestor dem Geschäftsherrn durch seine Thätigkeit nützlich zu werden verwirklichen soll, so wird dieß in den meisten Fällen nur durch den Verkehr mit andern Personen möglich sein. Auch Geschäfte, die nicht zunächst zu dem Zweck einer Vermögenserweiterung unternommen werden, lassen sich häufig allein vermittelst einer Communication mit Dritten erledigen, ein Rechtserwerb selbst für den Dominus ist mit Ausnahme des Falls der Occupation auf andrem Wege überhaupt nicht wohl denkbar. Das durch den Gestor begründete Verhältniß zu einer dritten Person giebt also dem Herrn Gelegenheit Berechtigungen zu erhalten, andrerseits wird es für ihn auch der Grund von Verpflichtungen sein, und es liegt in unsrer Aufgabe auf die Frage: in wie weit Beides möglich ist? eine ausführlichere Antwort zu geben. Zuerst mögen die Fälle des Erwerbs erörtert, und hier mit dem Besitz und Eigenthum begonnen werden.

Das ältre Römische Recht, von dem wir bei diesen Untersuchungen schon um deßwillen überall ausgehen müssen, weil bei der sehr allmählichen Entwicklung freierer Ansichten über die Stellvertretung Aeußerungen der Juristen in unsern Quellen die Erinnerung an die früher hierüber geltenden Regeln voraussetzen, hatte den nur bei sehr beschränktem Verkehr ausführbaren Grundsatz, daß eine Handlung, um rechtliche Folgen begründen zu können, in Person vorgenommen werden müsse. Dieser Grundsatz war jedoch in seinem vollen Umfang durch das eben so alte Römische Rechtsprinzip beschränkt, daß einer fremden Gewalt Unterworfne eignes Vermögen nicht haben konnten.

---

1) Im Allgemeinen ist hierüber zu vergleichen: Donell, Comm. de jure civ. lib. V cap. 10. §. 5 sq. lib. IX. cap. 7. (Ed. Bucher. Vol. III. u. V.) v. Savigny, Das Recht des Besitzes §. 26. System des Röm. Rechts. Bd. III. §. 113. Puchta, Cursus der Institutionen Bd. II. §. 203 u. 228.

Wenn nun Sklaven und andre Hausunterthänige gewisse Erwerbshandlungen mit Erfolg vornehmen durften, bei der Natur der sie beherrschenden Gewalt es dagegen unmöglich war, daß ihnen selbst das Erworbne zufiel, so lag, indem dieß den Herrn zu Gute kam, hierin eine Modification jenes Prinzips, die zugleich mit diesem selbst ins Leben getreten, nicht in einer nachgebenden Veränderung der Rechtsansichten, sondern in einem consequenten Festhalten derselben ihren Grund hatte. Ganz andern Rücksichten verdankten spätre Abweichungen ihre Entstehung. Die Ausschließung jeder Stellvertretung durch freie Mittelspersonen, die sich in dem bekannten Satz: per extraneam personam nihil adquiri [1]) aussprach, wurde, als bei Erweiterung der Römischen Herrschaft die commerciellen Verbindungen der Bürger immer größre Ausdehnung gewannen, für den privatrechtlichen Verkehr eine die freie Entwicklung hemmende Last. Das Bedürfniß forderte Abhülfe, und ihm zu genügen wurde auch diese Regel in ihrer starren Strenge gebrochen. Zu keiner Zeit ist dieß aber in einer durchgreifenden, das Bestehende zerstörenden Weise geschehen, man machte nur für einzelne höchst dringliche Fälle Zugeständnisse, und suchte auch diese mit vorhandnen Bestimmungen in Verbindung zu setzen, auf diese Weise gleichsam zu rechtfertigen. Daher finden wir im spätren Recht jenen ältren Grundsatz nicht durch einen neuern ersetzt, wir begegnen nur Ausnahmen, die, zögernd zugestanden, sich ihre Existenz langsam erkämpft haben.

Eine solche Ausnahme gewann zunächst Geltung für den Besitz. Sollte ein Erwerb durch freie Mittelspersonen überhaupt als möglich angesehen werden, so lag es für die Römer aus verschiednen Gründen am nächsten, die Besitzergreifung durch einen Dritten zuzulassen. Hierfür sprach der Umstand, daß von jeher der Besitz durch Andre erhalten werden konnte, der Schritt, den man zu thun hatte, war also verhältnißmäßig kein so großer, zweitens gestattete man hiermit ja nicht unmittelbar den Erwerb eines Rechts; denn der Besitz war ursprünglich ein Factum und erst in seinen Folgen rechtlicher Natur, endlich aber wurde durch dieses eine Zugeständniß viel gewonnen, da ungeachtet dieses factischen Charakters doch die Möglichkeit gegeben war durch den Besitz das allerwichtigste Recht: das Eigenthum zu erwerben. Dennoch fand der Grundsatz, daß der Besitzerwerb durch dritte Personen zulässig sei nur sehr allmählig Anerkennung. Eine Anwendung desselben macht Labeo in **l. 51. Dig. de adq. vel amitt.**

---

1) **Gaji, Comm. II. §. 95.**

poss. (XLI. 2.) [1]), die allgemeinere Geltung bezeugt Neratius, indem er in l. 41. Dig. de usurp. et usucap. (XLI. 3.) sagt: quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat und in l. 13. Dig. de adq. dom. (XLI. 1.) die Consequenz für den Erwerb des Eigenthums durch freie Mittelspersonen ausspricht:

Libro VI. Regular. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi et proprietas acquiritur etiam ignoranti.

Die Stelle, in welcher Gajus hierüber handelt, ist uns leider nicht vollständig erhalten, doch darf man aus dem Vorhandnen annehmen, daß er die Frage ob der Besitzerwerb per extraneam personam möglich sei als eine zweifelhafte betrachtete [2]). Paulus endlich gedenkt ihrer als einer entschiednen [3]). Bei dieser Meinungsverschiedenheit ist es sehr erklärlich, daß der Kaiser Sever durch eine Constitution den Streit zu beendigen suchte: const. 1. Cod. de acquir. et ret. poss. (VII. 32.) Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris (prudentia) pridem receptum est.

Mag man hier: prudentia oder pridem lesen [4]), keinesfalls geht, wie behauptet worden ist, aus den Worten des Kaisers hervor, daß er durch sie einen bisher unbekannten Rechtssatz eingeführt habe, im Gegentheil spricht der Ausdruck: receptum est für die Anerkennung einer schon vorhandnen Ansicht. Hiergegen kann auch die Berufung Ulpians [5]) auf diese Constitution Nichts beweisen. Die Rücksichten der Höflichkeit für den Kaiser und der Umstand, daß dieser doch in der That eine lange zweifelhafte Frage entschieden hatte, konnten den Juristen sehr wohl veranlassen zu sagen, daß Sever die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch dritte Personen bestimmt habe. Ebenso ist die in den Justinianischen Institutionen sich findende Hindeutung auf die angeführte Constitution zu erklären [6]).

---

1) Vergl. v. Savigny, Besitz §. 16. S. 242 ff. §. 26. S. 352.

2) Comm. II. §. 95. Puchta a. a. O. S. 334. Not. h.

3) Sent. Recept. lib. V. t. 2. §. 2. Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est.

4) Vergl. darüber v. Savigny a. a. O. §. 26. S. 363 ff.

5) l. 11. §. 6. Dig. de pign. act. (XIII. 7.) Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri.

6) §. 5. I. Per quas pers. (II. 9.) Per liberam personam, veluti

Endlich gehört noch hierher die:

Const. 1. Cod. Per quas person. (IV. 27.) Impp. Diocletianus et Maximianus: Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est.

Im neuern Römischen Recht ist also der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter möglich; allein er ist es nur unter gewissen Bedingungen. Es ist nothwendig, daß die Mittelsperson die Absicht hatte, für einen Andern den Besitz zu erwerben, es ist zweitens erforderlich, daß dieser Andre um seine Absicht wußte, es muß endlich ein juristisches Verhältniß, in der Regel ein Mandat, Beide verbinden. Sollte nun hier von der aufgetragnen Geschäftsführung die Rede sein, so würden wir hinsichtlich dieser Bedingungen auf allgemein bekannte Grundsätze verweisen dürfen; allein wir haben es mit der Erwerbthätigkeit eines Gestor zu thun, und ein solcher scheint in seiner Wirksamkeit durch zwei jener Voraussetzungen ausgeschlossen zu sein.

I. Die Absicht des Stellvertreters den Besitz für einen Andern zu erwerben, also die Richtung des Willens bei der Erwerbshandlung auf einen Andern ist lediglich eine spezielle Art des allgemeinen animus negotia aliena gerendi, und daher bei dem Gestor ebensowohl möglich als bei dem Mandatar. Die Nothwendigkeit ihrer Existenz auch bei der unaufgetragnen Geschäftsführung beruht auf denselben in der Natur der Sache liegenden und auch von den Römischen Juristen mehrfach bestätigten Gründen, die sie von dem beauftragten Procurator fordern, wir brauchen daher im Allgemeinen zur Begründung dieser Regel Nichts hinzuzufügen, und können sogleich auf eine genaure Bestimmung derselben übergehen.

Mit jenem Erforderniß der Absicht, für einen Andern zu besitzen ist für den Besitzerwerb durch einen neg. gestor das Vorhandensein des subjectiven Moments in der Geschäftsführung geboten, es ist unmöglich, daß jener unter irgend einer Voraussetzung als ein objectiv fremdes Geschäft erscheinen und den Vollzieher desselben verbindlich machen kann; umgekehrt fällt durch jenen animus die Möglichkeit weg selbst Besitzer zu werden. Dieses ganze Verhältniß hat nicht die geringste Schwierigkeit, so lange der Wille des Gestor sich den wahren Umständen gemäß bestimmt, zweifelhafter kann die Entscheidung mancher Fragen werden, wenn bei seiner Absicht ein Irrthum vorwaltet. Der Geschäftsführer kann nämlich sich selbst fälschlicher

per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem secundùm divi Severi constitutionem.

Weise für den Herrn halten, oder auch bei einem von ihm als alien. neg. unternommnen Geschäft in der Person des Dominus irren.

Auch der erste Fall erscheint zunächst noch einfach. Ein animus neg. alien. gerendi, mithin auch die Absicht, für einen Andern den Besitz zu ergreifen, ist nicht vorhanden, der Besitzerwerb für einen Dritten setzt jedesmal die Existenz dieses subjectiven Moments voraus, also hat der Gestor für sich selbst gehandelt. Dieß könnte aber dennoch vielleicht bei der Betrachtung fraglich werden, daß Jener, wenn ein solcher Irrthum vorwaltet, jedesmal an sich irriger Weise eine Eigenschaft vermuthet haben muß, die ihm Grund zu der Besitzergreifung gegeben hat. Hier, könnte man sagen, ist der animus insoweit vorhanden, als Jener für den Inhaber der Eigenschaften, welche er an sich selbst vermuthete, handelte [1]), und es entsteht nun die Frage, ob diese Absicht für den Besitzerwerb ausreicht, wie bei anderweitiger Geschäftsführung durch die Besorgung eines fremden Geschäfts, das der Gestor für sein eignes hielt eine neg. gestio begründet wird? Dieß ist aber jedenfalls zu verneinen. Der animus possidendi setzt die Annahme einer bestimmten Persönlichkeit voraus, auf welche er sich richtet. Wenn Jemand mala fide eine Apprehensionshandlung vornimmt, so liegt in seinem durch den bösen Glauben bedingten Wissen, daß er zu der Besitzergreifung nicht berechtigt ist, nothwendig der Wille dennoch für sich zu erwerben, und er erreicht dieß, weil der Besitz nur ein Rechte begründendes Factum ist, dessen Vornahme in der physischen Macht liegt, nicht aber durch eine rechtliche Qualität bedingt wird. Wer dagegen bona fide Besitz ergreift, hat, indem er sich dazu für berechtigt hält, und diese Berechtigung ausüben will, nothwendig die Absicht für sich zu erwerben, und wenn er gleich in Folge eines Irrthums handelt, also insofern für einen Dritten thätig zu sein scheint, als die Eigenschaft, wegen welcher er sich zu der Apprehension befugt glaubte, sich bei einem Andern vorfindet, so ist doch die Apprehension eine Handlung seiner eignen Persönlichkeit, die er in Folge seines Glaubens nicht für sich als mit jener Eigenschaft Begabten, sondern für sich als Person vorgenommen hat, die er auch ohne jenen Glauben hätte mit Wirkung vornehmen können. Diese Grundsätze haben besonders Bedeutung bei der bonae fidei possessio hereditatis. Wenn der possessor durch die Besitzergreifung unwillkührlich für den Erben handelte, so würde Letztrer nach erfolgter Genehmigung durch ihn besitzen und die Usucapion beginnen

1) In wie weit diese Behauptung richtig ist, davon war schon einmal bei der neg. gest. actio contraria utilis die Rede.

können. Allein diese Folge kann die Ratihabition nie haben, es darf vielmehr jener Besitzer für sich selbst usucapiren, weil er nicht für den Erben, sondern für sich in Folge seines vermeintlichen Erbrechts besitzen wollte. Die Apprehension ist kein erbschaftliches Geschäft; denn auch der wahre Erbe muß speziell den Besitz der res hereditaria ergreifen [1]), es ist eine selbstständige Handlung der eignen Persönlichkeit, die nur in ihrem Erfolg von dem Erbrecht abhängt, weil dieses eine Garantie für die unangefochtne Dauer des Besitzes giebt. Der b. f. possessor hered. kann also, wenn er gleich sonst, wie wir gesehen haben, als Gestor angesehen wird, niemals als solcher hinsichtlich des Besitzerwerbs erscheinen, vielmehr erwirbt diesen erst der wahre Erbe dann, wenn Jener ihm freiwillig nach erlangter besserer Ueberzeugung oder gezwungen denselben abtritt. Einen ebenso behindernden Einfluß übt ein Irrthum von der zweiten oben angegebnen Art, also ein solcher in Folge dessen der Stellvertreter für einen Andern handeln will, und für einen Dritten den Besitz erwirbt. Will er die Apprehensionshandlung für den Erben vornehmen und täuscht sich in dessen Person, so ist der Besitz nicht dem heres, sondern dem Dritten erworben, für den als Person nicht als zur Erbschaft Berechtigten er ergriffen wurde. Der entferntere Wille des Procurators gelangt also auch hier nicht zur Geltung.

Von dieser allgemeinen Regel, daß der auf eine bestimmte Persönlichkeit gerichteten Absicht des Erwerbenden die entscheidende Wichtigkeit beizulegen sei, findet sich aber eine bemerkenswerthe Ausnahme bei der Tradition. Hier concurrirt mit dem Willen des Stellvertreters die Absicht des Tradenten und trägt in jedem Fall, wenn beide sich widersprechen sollten, über jenen den Sieg davon.

Die hierüber handelnden Quellenstellen sind folgende:

L. 1. §. 20. Dig. de acq. vel amitt. poss. (XLI. 2.) Paulus. Per procuratorem — possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possunt acquirere (nobis: non possumus acquirere.) Alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidendi, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

L. 13. Dig. de donat. (XXXIX. 5.) Ulpianus. — Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille

---

1) **l. 23. pr. Dig. de acq. vel amitt. poss. (XLI. 2.)**

quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

L. 37. §. 6. Dig. de acq. rer. dom. (XLI. 1.) Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, et is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.

L. 44. §. 1. Dig. de furt. (XLVII. 2.) Falsus procurator furtum quidem facere videtur, sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit; nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit.

L. 59. Dig. de acq. rer. dom. (XLI. 1.) Res mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si ille mihi tradiderit, qui emit.

Const. 2. Cod. de his qui a non domino (VII. 10.)

Die hier angeführten Fragmente scheinen aber mit einander in Widerspruch zu stehen; denn während die l. 13. cit. die Richtigkeit unsrer Regel bestätigt, läugnet Julian scheinbar dieselbe in der angeführten l. 37. Schon seit der Zeit der Glossatoren sind daher mancherlei Vereinigungsversuche vorgenommen worden, und Donell [1]), dessen Ansichten von uns überall besonders berücksichtigt worden sind, und deßhalb auch bei diesem Punkt kurz dargelegt werden sollen, schlägt zu diesem Zweck vor, die Meinung Ulpians, daß die Absicht des Tradenten beim Besitzerwerb entscheide, dann gelten zu lassen, wenn der entgegenstehende Wille des Repräsentanten sich nicht ausdrücklich ausgesprochen hat. Außerdem, wenn der Stellvertreter beim Besitzerwerb seine Gesinnung für sich selbst zu handeln zu erkennen gab, soll durch die Tradition Nichts übertragen und erworben werden, und sich hierauf der Ausspruch Julians beziehen. Für die Richtigkeit dieser letzteren Behauptung führt Donell außer den Worten des Paulus in l. 1. §. 20. cit. als allgemeinen Grund an, daß wenn schon der wahnsinnige Procurator für einen Dritten nicht Besitz erwerben könne, Derjenige dieß zu thun noch viel weniger im Stande sei, der ausdrücklich erklärt habe, nicht als Stellvertreter handeln zu wollen.

Was zunächst diese Argumentation betrifft, so kann sie nicht wohl für eine genaue, und der durch sie geführte Beweis als ein haltbarer ausgegeben werden, denn wenn es auch in l. 1. §. 10. Dig.

---

1) Comm. lib. V. cap. 10. §. 5. 6. (vol. III. pag. 94 sq.)

de adq. poss. (XLI. 2.) heißt, daß die Apprehension des Besitzes durch einen servus furiosus nicht möglich sei, so läßt sich hieraus jene angegebene Folgerung unter keiner Bedingung ziehen, da der Wahnsinnige von dem Besitzerwerb ausgeschlossen ist, weil er überhaupt den animus possidendi nicht haben kann; wohingegen bei dem Repräsentanten, auch wenn dieser für sich selbst handeln will, jener animus möglich, ja unbedingt vorhanden ist. Ebenso wenig spricht für Donell Paulus. Ueber die l. 1. §. 20. ist zuerst zu bemerken, daß richtiger als das gewöhnliche — nobis, non possunt aquirere gelesen wird: — ut operam duntaxat suam accommodarent nobis: non possumus acquirere. Außer den Gründen, welche v. Savigny für diese Lesart anführt [1]), spricht für sie die ganze Haltung des Paragraphen, in welchem der Jurist, nachdem er vorher den Besitzerwerb durch Sklaven behandelt hat, auch die Möglichkeit desselben durch freie Stellvertreter anerkennt, und durch den Grund rechtfertigt, daß außerdem im Fall einer an den Procurator geschehenen Tradition Niemand besitzen würde, weder der Repräsentant, wenn eine Stellvertretung unmöglich wäre, noch der Tradent der den Besitz aufgegeben habe. Zwischen diesen den Inhalt des §. 20. bildenden beiden Bemerkungen erinnert Paulus als Zusatz zu der ersten: per procuratorem possessionem nobis acquiri, durch die Worte: cum autem — possumus acquirere an das Requisit der Absicht bei dem Stellvertreter, für einen Fremden besitzen zu wollen, und muß deßhalb im Gegensatz zu dem ersten: nobis acquiritur nothwendig sagen: non possumus acquirere.

Donell hat selbst die richtige Lesart anerkannt, wie er nun die richtige Meinung über die ganze Frage durch jenen Anspruch des Paulus entschieden widerlegt finden konnte, ist völlig unbegreiflich. In den eine Bestimmung enthaltenden Worten des §. 20. ist von dem Fall der Tradition gar nicht die Rede, diese wird vielmehr erst in dem Satz: alioquin — erwähnt, der eine Rechtfertigung jener Bestimmung enthält, wahrscheinlich hat sich daher Donell verleiten lassen, die gewöhnliche Regel für den Besitzerwerb durch Procuratoren, nach welcher die Absicht, welche diese haben, entscheidend ist, auf den nach andern Quellenstellen als Ausnahme anzuerkennenden Fall der Tradition anzuwenden.

Endlich spricht auch noch gegen die eben dargestellte Theorie außer der Unhaltbarkeit der für sie angeführten Gründe, ihre Un=

1) v. Savigny. a. a. O. §. 26. S. 352. Not. 3.

nöthigkeit. Ohne allen Zwang ist der in den Quellen angeblich vorhandne Widerspruch ausgeglichen, wenn man nach dem Vorgang v. Savigny's die l. 13. de donat. cit., welche die Frage am deutlichsten und klarsten behandelt, zu Grunde legt [1]). Ihr steht ebenso wenig der Ausspruch Julians in l. 37. §. 6. Dig. de adq. rer. dom. entgegen, als sich Ulpian durch die l. 44. §. 1. de furt. cit. selbst widerspricht. Dort muß zu dem: nihil agetur nothwendig hinzugedacht werden: ex sua (procuratoris) persona, hier ist von einem falsus procurator die Rede, also eine wahre Repräsentation nicht vorhanden, und: non ejus nomine accepit heißt soviel als: er hat es ohne Auftrag empfangen. Die l. 59. de adq. rer. dom. und die const. 2. de his, qui a non dom. cit. endlich enthalten Fälle, in welchen das Mandat selbst darauf gerichtet war, daß der Procurator die Sachen in eignem Namen kaufen, und das an ihnen erworbne Eigenthum auf den Mandanten übertragen solle; sie kommen daher hier durchaus in keinen Betracht.

Nach dieser Interpretation ist die oben aufgestellte Regel, daß bei der Tradition ausnahmsweise die Absicht des Tradenten entscheide, wenn der Besitz erworben werde, in den Quellen ausgesprochen; schließlich wollen wir es versuchen, ihre Nothwendigkeit und Richtigkeit aus innern Gründen nachzuweisen.

Nimmt man an, daß der Besitz et animo et corpore verloren werde, mit andern Worten, daß eine Fortsetzung desselben allein durch den animus möglich sei, so läßt sich behaupten, daß in der Tradition nur ein unbedingtes Aufgeben des letzteren enthalten ist, indem der Tradent nur für den Fall, daß Derjenige, dem er zu tradiren beabsichtigt, den Besitz erhält, diesen verlieren will [2]). Hiermit ist für jeden Dritten die Möglichkeit des Besitzerwerbs nothwendig abgeschnitten; denn allein für Jenen ist eine vacua possessio, weßhalb denn er allein oder ein Andrer als sein Stellvertreter für ihn den Besitz ergreifen kann. Diese Erklärung ist bei Annahme des erwähnten allgemeinen Prinzips über den Verlust des Besitzes ebenso natürlich als begründet, die Bekenner der Ansicht dagegen, daß der Verlust allein durch corpus vor sich gehen könne [3]), daß also bei der Tradition derselbe durch die Hingabe der Sache entschieden sei, kann sie begreiflicher Weise nicht befriedigen. Bei dieser Meinung darf man

---

1) v. Savigny a. a. O. S. 353. Not. 1. v. Vangerow: Leitfaden §. 205. Bd. I. Abth. 1. S. 293.

2) Kierulff: Theorie des gem. Civilrechts. S. 392.

3) v. Savigny a. a. O. §. 31. S. 394.

aber den Grund davon, daß bei der Tradition in keinem Fall der Besitz von einem Andern als Demjenigen, den der Tradent im Sinn hat, erworben wird, eben in dem unbedingten Verlust desselben für den Letzteren suchen.

Bei einem Besitzerwerb durch Repräsentanten wird außer der Absicht des Stellvertreters für einen Andern zu handeln auch das Wissen und Wollen des Dominus erfordert. Diese Regel pflegt man negativ auszudrücken durch den bekannten Satz: ignoranti non adquiritur possessio. Erforderlich sind somit bei dem Besitzerwerb durch Dritte zwei mit einander correspondirende Willen, deren einer die Realisirung des andern bedingt. Bei der Tradition concurrirt nun mit diesen ein dritter Wille, der des Tradenten, der sich mit dem animus sibi habendi des Herrn in Verbindung zu setzen sucht, und sich der Absicht für einen Andern zu besitzen beim Repräsentanten nur als Vermittlung bedient. Während letztere also bei jedem andern Besitzerwerb, wie z. B. bei Apprehension einer derelinquirten Sache das künftige Verhältniß bestimmt, indem er dem Entschluß des Herrn Wirksamkeit verschafft, wird in dem Fall der Tradition er ersetzt durch den Willen des Tradenten, der durch das Aufgeben und den hieran sich schließenden Verlust des Besitzes dem Dominus die Berechtigung verschafft durch sein Einverständniß denselben zu erwerben. Hat aber der Herr ein Recht auf die Absicht des Tradenten einzugehen, so kann ein Anderer durch seinen Willen dieses nicht stören, (ebenso wenig als bei dem Erwerb durch einen Repräsentanten ein Fremder auf den animus dieser Mittelsperson eingehen darf), es ist also jedem Dritten durch die Berechtigung des Einen die Gelegenheit zum Besitzerwerb genommen, und ein dritter hinzutretender Wille kann nur als ein das gegebene Verhältniß befördernder und vermittelnder erscheinen, nie aber dasselbe ändern.

Aus diesen Gründen muß denn auch der andere Fall, wenn der Stellvertreter das ihm für den Einen Uebergebene nicht für sich selbst wohl aber für einen Andern erwerben will, dahin entschieden werden, daß dennoch jener bei der Tradition Beabsichtigte erwirbt [1]). Weder die factische Natur des Besitzes kann hieran etwas ändern, noch läßt sich behaupten, daß der ganze Act des Repräsentanten in diesem Fall nichtig sei. Wie seine ganze Handlungsweise als vermittelnde Thätigkeit das bestimmte Verhältniß nicht afficiren kann, so wird sie

1) v. Savigny a. a. O. §. 26. S. 353. v. Vangerow a. a. O. §. 205. S. 294. gegen Thibaut in Brauns Erörterungen S. 309. und Hufeland: Civilrecht §. 727.

als solche auch nicht ungültig, wenn ihr eine demselben entgegenstehende Absicht zu Grunde liegt.

II. Außer der Absicht des Stellvertreters kommt in Betracht: das Einverständniß des Herrn. Die schon erwähnte Regel: ignoranti non adquiritur possessio, in welcher ausgesprochen ist, daß der Dominus den für ihn erworbenen Besitz selbst auch wollen muß, weil eine Vertretung wohl in Bezug auf das corpus nicht aber hinsichtlich des animus zulässig sein kann [1]), erleidet zwar bei der neg. gestio nicht wie in manchen andern Beziehungen eine Modification, allein die vollständige Geltung, die sie behält, schließt die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch den neg. gestor nicht aus. Nur ist es nicht die Apprehensionshandlung des Letzteren, welche den Besitz verschafft wie in dem Fall, wenn ein speziell darauf gerichtetes Mandat ausgeführt wird, wo nur die Usucapion erst von dem spätern Moment der erhaltenen Nachricht für den Dominus beginnt [2]), sondern die Ratihabition, weil sich in dieser der das Geschehene anerkennende Wille des Herrn ausspricht. Der Gestor kann demnach, obwohl es in gewisser Beziehung charakteristisch für seine Thätigkeit ist, daß sie ohne Wissen des Herrn vor sich geht, ebenso gut den Besitz für diesen erwerben, als es der procurator omnium bonorum dessen Auftrag den Erwerb in dem einzelnen Fall nicht begreift, im Stande ist, und die Quellenstellen, welche für den Letzteren dieß aussprechen, haben bei der völligen Gleichheit der Verhältnisse auch für den Ersteren Bedeutung. Ausdrücklich bezeugt die Möglichkeit, vermittelst der Ratihabition den von dem Repräsentanten ergriffnen Besitz zu erwerben, Paulus:

L. 24. Dig. h. t. Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor, etiam invito me, ratum habendo, pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit, et ideo creditoris ratihabitione liberor.

Daß diese Ratihabition keine zurückwirkende Kraft haben kann, ist eine nothwendige Consequenz des Satzes, daß der Besitz corpore et animo zusammen erworben wird [3]). Durch die Genehmhaltung tritt erst der animus hinzu, hiermit ist also der Erwerb erst geschehen und ihn nunmehr als von dem Augenblick, wo die körperliche Hand-

---

1) Paul. sent. recept. l. V. tit. 2. §. 1. l. 3. §. 12. Dig. de acq. vel amitt. poss. (XLI. 2.) v. Savigny a. a. O. S. 354.

2) l. 49. §. 2. Dig. de adq. vel omitt. poss. (XLI. 2.) — usucapio vero scienti competit. const. 1. Cod. de acq. et ret. poss. (VII. 32.)

3) l. 3. §. 1. Dig. de acq. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

lung durch den Repräsentanten vorgenommen wurde, begonnen zu betrachten, würde indirect gegen jene Grundregel verstoßen heißen und sich begreiflicher Weise nicht durch die Analogie eines Zurückrechnens bei eigentlichen juristischen Handlungen des Stellvertreters rechtfertigen lassen; bei diesen liegt in der Ratihabition der Wille des Dominus ausgesprochen das begründete und bestehende Verhältniß für sich anzuerkennen, bei dem Besitzerwerb enthält sie selbst erst die Begründung nach der vorbereitenden Thätigkeit der Mittelsperson.

III. Aus den beiden bisher genannten Erfordernissen ergiebt sich als drittes Requisit die Existenz eines juristischen Verhältnisses zwischen dem Repräsentanten und dem Herrn für den der Besitz erworben wird. Im Allgemeinen nothwendig ist dieß, weil außerdem die Richtung der Absicht beim Stellvertreter auf einen Andern undenkbar ist, in Form eines Befehls oder speziellen Auftrags muß es vorhanden sein, wenn sich jene Bedingung, daß der Herr den Besitz wollen, also auch um die Apprehension wissen müsse, erfüllen soll. Da aber, wie wir gesehen haben, dieses sofortige Wissen zum Besitzerwerb durch Mittelspersonen nicht so unbedingt nothwendig ist, daß nicht eine spätere Kenntnißnahme und Genehmhaltung denselben dennoch möglich machen könnte, so zeigt sich hiermit, daß jenes juristische Verhältniß, welches nunmehr lediglich wegen der Absicht des Repräsentanten für einen Andern zu besitzen nöthig ist, auch in der durch eine neg. gestio begründeten gegenseitigen Obligation bestehen kann. Der Gestor als solcher hat nicht minder die Absicht für den Dominus zu handeln, als der Mandatar oder der befehligte Hausunterthänige. Ueber den Erwerb des Eigenthums braucht, da der Fall der Tradition schon erörtert worden ist, Nichts hinzugefügt zu werden. Nur wo das dominium unzertrennlich von dem Besitz erscheint, also nur durch Tradition und Usucapion kann der Stellvertreter dasselbe erwerben [1]). Die uns für den Besitz bekannt gewordenen Regeln behalten daher auch hier Geltung.

§. 20. Der Erwerb von Forderungsrechten durch den neg. gestor.

Von bei weitem größern Einfluß als der Fortschritt war, den die Römer zu freiern Grundsätzen über die Stellvertretung durch Zu-

1) §. 5. I. Per quas pers. (II. 9.) l. 20. §. 2. Dig. de acq. rer. dom. (XLI. 1.) const. 8. Cod. de acq. et ret. poss. (VII. 32.) — et si proprietas ab hac (possessione) separari non possit, dominium etiam quaeri, placuit.

lassung von Repräsentanten beim Erwerb von Besitz und Eigenthum gethan hatten, würde es gewesen sein, wenn auch Forderungsrechte durch freie Mittelspersonen zu erwerben möglich geworden wäre.

Dem uns schon bekannten Grundsatz, daß ein Jeder für sich in Person handeln solle, mußte, soweit die civilrechtliche Form den Verkehr beherrschte, eben weil er auf das Genauste mit den bei Vornahme von Rechtsgeschäften üblichen Formalitäten zusammenhing, eine gewisse Geltung gesichert bleiben. Nur war diese Geltung in ihren Wirkungen abhängig von der größeren oder geringeren Bedeutsamkeit jener vorgeschriebenen Solennitäten, und es wurde deßhalb die Stellvertretung, während sie bei den Legis-Actionen und anderen höchst feierlichen Handlungen unbedingt ausgeschlossen blieb [1]), bei anderweitiger Prozeßführung und bei obligatorischen Verhältnissen dadurch möglich, daß der Repräsentant zwar zunächst für sich das Recht erwarb, dasselbe aber sofort auf den Herrn übertrug. Ob ein Gestor hier ebenso wie ein Mandatar mit Erfolg handeln konnte, ist, was die Vertretung im Prozeß betrifft, schon an einer andern Stelle ausgeführt worden, hier bleibt uns dieselbe Frage in Bezug auf den Erwerb von Forderungsrechten zu beantworten übrig.

Im Obligationenrecht begegnen wir als einer Folge jenes exclusiven Prinzips der allgemeinen Regel, daß ein in fremdem Namen abgeschlossener Vertrag d. h. ein Contract, aus welchem das Forderungsrecht unmittelbar einem Dritten erwachsen soll, an sich ungültig ist. Für die Stipulationen, bei denen eben wieder durch die äußere Form die Ausschließung jeder Stellvertretung als gerechtfertigt erscheint, wird dieß in der bekannten Bestimmung alteri stipulari nemo potest [2]) ausgesprochen, und als Grund dafür von Ulpian angegeben, daß die Stipulationen erfunden worden seien, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest [3]). In der That liegt auch in diesen Worten der Nachweis für die Entstehung jener Vorschrift. Der Jurist hat nur unterlassen hinzuzusetzen, daß der angeführte Zweck der Stipulationen Veranlassung war, ihre Gültigkeit von der Beobachtung gewisser Formen abhängig zu machen, und daß eben hierdurch, während früher nur das Stipuliren für die eigne Person im Interesse lag, später dasselbe auch dann unmöglich geworden war, wenn man für Andere wohl in dieser Weise hätte contrahiren mögen.

1) Gaji Comm. IV. §. 82. l. 123. pr. Dig. de reg. jur. (L. 17.)

2) §. 4. §. 19. I. de inut. stipul. (III. 19.)

3) l. 38. §. 17. Dig. de verb. obligat. (XLV. 1.) Vergl. C. T. Ferber: de stipulatione tertio facta. Lips. 1688. th. XI. XII.

Eben deßhalb aber, weil Alles von dem Interesse der Paziszenten abhing, stand, obwohl nicht jede Beziehung einer Stipulation auf dritte ausgeschlossen war, vielmehr der Promissar, sobald es ihm darauf ankommen mußte, sich die Leistung an einen Dritten gültig ausbedingen konnte, lediglich Jenem das Klagerecht zu, und noch für das Justinianische Recht gilt der ungeachtet mancher Modificationen unbezweifelte Grundsatz, daß eine Stipulation, aus welcher ein Anderer die Klage erhalten solle, der Regel nach nichtig sei [1]).

Nicht ebenso unzweifelhaft ist dieß in Betreff der übrigen Verträge. Im Widerspruch zu den frühern Grundsätzen hatte man ausnahmsweise Verträge und selbst Stipulationen, die der Stellvertreter eingegangen war, als gültig anerkannt, aus ihnen eine Klage gegen den Geschäftsherrn gegeben, und es entsteht die Frage, ob sich aus diesen Ausnahmsfällen nicht eine neue Regel gebildet hat, nach welcher der directe Erwerb von Forderungsrechten durch den Repräsentanten, abgesehen von den Stipulationen, mindestens bei andern Contracten möglich ist [2]).

Die gesammten Quellenstellen, welche für diese Annahme zu sprechen scheinen, lassen sich in drei Classen vertheilen. In die erste derselben gehören folgende Entscheidungen:

1) Wenn eine Sache unter Verpflichtung zur spätern Restitution an einen Dritten verschenkt worden ist, so soll der Dritte, der nicht selbst stipulirt hat, eine actio utilis auf Herausgabe derselben gegen den Beschenkten haben. Const. 3. Cod. de donat. quae sub modo (VIII. 55.)

2) Hat der Vormund, Curator oder Actor eines Municipii für den Pupillen oder das Municipium sich eine Leistung ausbedungen, so dürfen Letztere mit einer actio utilis klagen. L. 5. §. 9. Dig. de pec. const. (XIII. 5.)

3) Giebt Jemand eine fremde Sache einem Dritten als Com=

---

1) l. 126. §. 2. Dig. de verb. obligat. (XLV. 1.) const. 3. Cod. de contr. et commit. stiplt. (VIII. 38.) v. Savigny: System des heutig. Römisch. Rechts. Bd. III. §. 113. S. 95.

2) Im Allgemeinen ist hierüber zu vergleichen: Donell. Comm. ad l. 38. §. 17. Dig. de v. obligat. (in ed. Lucensi tom. XI. pag. 767.) Comm. de jur. civ. l. XII. cap. 16. (ed. Bucher. vol. VII.) J. H. Böhmer: de jure ex pacto tertii quaesito (Exercit. XXVIII. ad Pand. lib. II. tit. XIV. Tom. II. p. 256.) Glück: Erläuterungen zu den Pandect. Bd. IV. §. 343. S. 558. Bd. XV. §. 958. S. 323. Vorzüglich aber Mühlenbruch: Cession der Forderungsrechte §. 5. 10. 11. 12. v. Vangerow: Leitfaden Bd. III. Lief. 2. §. 608. S. 284.

modat oder Depositum mit dem Vorbehalt, daß dem Eigenthümer ein Rückforderungsrecht zustehen solle, so wird diesem eine actio utilis gegeben. Const. 8. Cod. ad exhibd. (III. 42.)

4) Ebenso kann der Pfandschuldner, wenn der Gläubiger das Pfand verkauft, zugleich aber Jenem das Recht ausgemacht hat, dasselbe wieder einzulösen, gegen den Käufer mit einer in factum actio klagen: l. 13. Dig. de pign. act. (XIII. 7.)

5) Endlich dürfen auch die Descendenten und deren Kinder auf Rückgabe der Dos eine actio utilis anstellen, sobald der Ascendent bei der Bestellung diese Wiederherstellung ausbedungen hat. Const. 7. Cod. de pact. conv. (V. 14.)

Alle diese Fälle haben das Gemeinschaftliche, daß bei ihnen die auf dritte Personen gestellten Verträge nicht von Anfang herein ungültig sind, aus ihnen vielmehr Diesen eine Klage gegeben wird. Durch das erstere Merkmal weisen sie sich als entschiedene Ausnahmen von der Regel aus, daß dergleichen Contracte sofort nichtig sein sollen [1]); allein in der That hat diese Regel für uns doch nur insofern ein Interesse, als durch sie unbedingt jede Stellvertretung beim Erwerb von Forderungsrechten unmöglich wird, und es ist also, wenn wir sie zuweilen ihre Geltung verlieren sehen, hiermit noch Nichts weiter bewiesen, als daß in diesen Fällen nicht die Grundbedingung fehlt, ohne welche jener Erwerb überhaupt nicht denkbar ist. Der rechtliche Bestand der angeführten Verträge spricht also an sich für den Erwerb noch nicht, wohl aber beweist gegen ihn mindestens als einen directen das zweite gemeinschaftliche Merkmal: die Natur des zugestandenen Klagerechts. Dieses ist unverkennbar überall ein dem Herrn erworbnes und von ihm abgeleitetes, dessen Eigenthümlichkeit nur darin besteht, daß seine Ausübung nicht an eine vorangehende Cession gebunden ist [2]).

Zweitens kommen hier in Betracht die:

L. 1. §. 11. Dig. deposit. v. contr. (XVI. 3.) Ulpianus. Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possim? apud Pomponium quaeritur. Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi.

L. 84. Dig. pro socio (XVII. 2.) Quoties jussu alicujus, vel

---

1) Andere Fälle, welche Modificationen dieser Regel enthalten, wie z. B. der in l. 38. §. 14. Dig. de V. O. (XLV. 1.) angegebene kommen bei dem Zweck unserer Untersuchung hier nicht in Betracht.

2) Mühlenbruch a. a. O. 10. a. E. S. 100.

cum filio ejus, vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit.

In der ersteren Stelle sagt Ulpian unter Berufung auf Pomponius, daß der Eigenthümer, der seine Sache einem Andern überlassen habe, um sie einem Dritten in Verwahrung zu geben, Jenen mit der Mandatsklage, Diesen mit der depositi actio belangen dürfe. Die l. 84. cit. kann wenigstens in der Art aufgefaßt werden, daß Demjenigen, welcher jussu alicujus mit dessen Sohn oder einem Dritten nicht Hausunterthänigen einen Gesellschaftsvertrag eingegangen sei, gegen den jubens direct die pro socio actio zustehe [1]).

Beide Fragmente, in denen einem Nichtpaziszenten ein Forderungsrecht zugestanden wird, finden ihre Erklärung durch die Bemerkung, daß bei ihnen von einem Contrahiren durch Procuratoren überhaupt nicht die Rede ist, der Stellvertreter vielmehr nur als Bote oder Unterhändler erscheint. Darauf deutet bei Ulpian der Ausdruck „perferre" ganz entschieden hin [2]), in der l. 84. muß dieß, wenn sie in der angegebnen Weise interpretirt werden soll, stillschweigend vorausgesetzt werden. Boten und Unterhändler werden aber bei Anknüpfung obligatorischer Verhältnisse nicht als selbstständig handelnde Personen, sondern nur als Werkzeuge angesehen, durch welche sich der Wille des Herrn, der sich ihrer bedient, offenbart. Aus diesem Grunde finden wir sehr häufig in den Quellen das Contrahiren per nuntium mit dem per epistolam zusammengestellt [3]), und aus demselben Gesichtspunkt dahin beurtheilt, daß wie bei der Consenserklärung durch einen Brief, so auch wenn ein Bote als solcher beauftragt ist, der Herr stets selbst als Paziszent aufgefaßt wird, und selbst das Forderungsrecht erwirbt. Entschiedner endlich als die bisher angeführten Stellen scheinen auf einen Erwerb von Forderungsrechten hinzudeuten die:

L. 9. §. 8. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) Ulpianus: Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero,

---

1) Das im Text angegebne Verständniß ist möglich, und eben deßhalb soll es hier angenommen werden. Einfacher allerdings versteht man unter der directen Klage die mandati actio. v. Vangerow a. a. O. S. 292.

2) Mühlenbruch a. a. O. §. 11. a. E. S. 110.

3) l. 1. §. 1. Dig. Mandat. v. c. (XVII. 1.) l. 1. §. 2. Dig. de contr. emt. (XVIII. 1.) l. 14. §. 3. u. besonders l. 15. Dig. de pec. const. (XIII. 5.)

tibi acquiratur obligatio, quum quotidie, credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

L. 47. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) Celsus: Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fidejusserat, solvit. Ego existimo, si nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore, nec exspectandum esse, ut ratum habeas, quoniam et q. s.

Aehnlichen Inhalts sind die: l. 2. §. 4. Dig. de reb. cred. (XII. 1.) l. 6. l. 57. pr. Dig. de cond. ind. (XII. 6.) l. 126. §. 2. Dig. de V. O. (XLV. 1.) In allen diesen Stellen wird gesagt, daß Derjenige, in dessen Namen ein Darlehn gegeben, oder eine Nichtschuld gezahlt worden ist, sofort sich der Condiction bedienen könne. Hier ist der Stellvertreter kein Unterhändler, andrerseits das Klagerecht des Herrn kein abgeleitetes, jene Fälle gewinnen also wirklich den Anschein bedeutungsvoller Ausnahmen. In der That haben sie aber einen noch minder exceptionellen Charakter als die oben angeführten, denn während dort wenigstens ein abgeleitetes Forderungsrecht ohne Cession geltend gemacht werden konnte, ist hier von einer durch Repräsentanten erworbenen Klage gar nicht die Rede. Die Condictionen sind gegeben, um Schutz gegen eine widerrechtliche Vermögensverminderung zu gewähren, der Betroffene hat sie also ursprünglich, um sich vor Schaden zu bewahren, er erwirbt sie nicht erst durch die Handlung des Procurator, wenn gleich dieser ihn in die Lage bringt sich ihrer bedienen zu müssen. Der Empfänger eines Darlehns oder Nichtschuld ist mehr noch als contractlich deßhalb zur Restitution verpflichtet, weil er sine causa den Betrag in Händen hat, nnd eben das Rückforderungsrecht, welches aus diesem letzteren Moment gegen ihn erwächst ist es, welches mit der Condiction realisirt wird [1]). Mit diesen Fragmenten steht im engen Zusammenhang die:

Const. 2. Cod. Per quas pers. (IV. 27.) Justinianus: Quum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et con-

---

1) J. H. Böhmer, l. l. c. I. §. 11. No. 2. hält die Zulassung der Condiction in dem angegebnen Fall für ein jus singulare propter frequentissimum pecuniae creditae usum et publicam utilitatem receptum. Mühlenbruch a. a. O. §. 11. S. 104. v. Vangerow a. a. O. S. 292.

dictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso jure, et sine aliqua cessione, ad dominum contractus pervenire.

Hier wird dem Geschäftsherrn in dem Fall einer mutui datio durch den Procurator nach Analogie der ihm zustehenden condictio ex mutuo die dem Letzteren erworbne Pfandklage, und zwar ausdrücklich ohne alle Cession als ein ihm ipso jure zuständiges Rechtsmittel gegeben. Dieser Constitution würde allerdings eine gewisse Beweiskraft nicht abzusprechen sein, wenn nicht schon längst dargethan wäre, daß Justinian in der guten Absicht Uebereinstimmung in das Recht zu bringen, einer consequenten Bestimmung eine ungerechtfertigte Ausnahme an die Seite gestellt hat. Wenn der Kaiser den Grund erkannt hätte, dem die Condiction in dem von ihm angegebenen Fall ihren Ursprung verdankt, so würde er sie wohl nie mit der Pfandklage unter einen Gesichtspunkt gebracht haben [1]).

Als Resultat, welches wir aus der Betrachtung aller dieser Fälle gewinnen, ergiebt sich also, daß, so offenbar in ihnen Modificationen des Grundsatzes, wonach Verträge nur unter den Paziszenten wirken sollen, und außerdem keinen rechtlichen Bestand haben, enthalten sind, doch für die Möglichkeit eines directen Erwerbs von Forderungsrechten durch Stellvertreter mit ihnen Nichts bewiesen wird. Wo ein wirklicher Procurator gehandelt hat, da ist das Klagerecht des Herrn ein abgeleitetes, wo dagegen letzteres ein directes ist, da hat der Herr entweder selbst durch einen Boten contrahirt, oder das Klagerecht hat nicht seinen Grund in der Handlung des Repräsentanten.

Erst jetzt können wir uns endlich zu einer Quellenstelle wenden, der in neuerer Zeit von bedeutender Autorität ein entscheidendes Gewicht beigelegt worden ist. Es ist dieß die:

L. 53. Dig. de acq. rer. dom. (XLI. 1.) Modestinus lib. XIV. ad Quintum Mucium. Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, acquirimus.

In diesem Fragment soll nach v. Savigny die durch Ausnahmen erwachsene und unter widersprechenden Ansichten aufgekommene Regel für das Justinianische Recht ihre allgemeine Anerkennung gefunden haben, daß bei civilen Handlungen, für die nur noch die Stipulationen gelten nur eine Vertretung beim Erwerb, und nur

1) Donell: Comm. ad l. IV. Cod. Francofurt. 1599. ad const. 2. Cod. per quas person. Mühlenbruch a. a. O. §. 11. S. 108. wo die falsche Ansicht von Glück: a. a. O. Bd. IV. §. 343. S. 561. widerlegt wird.

durch die vom Erwerber abhängigen Menschen möglich, dagegen bei naturalen Handlungen jeder Erwerb durch freie Mittelspersonen: wir mögen durch die Handlung erwerben oder verlieren, zulässig ist [1]).

Gegen diese allgemeine Beweiskraft der angeführten l. 53. hat zunächst schon Puchta eingewendet, daß zufolge der Ausdrucksweise in ihr der Besitz nicht bloß als ein Beispiel, sondern als der einzige Fall, in dem ein unmittelbarer Erwerb durch Stellvertreter vorkommen könne, angeführt werde. Das Beispiel für den ersten Satz: veluti stipulationem sei von den Compilatoren der von Modestin erwähnten Mancipation substituirt worden, da von allen civilen Eigenthumserwerbsarten, die noch im Justinianischen Recht gelten, keine gepaßt habe. „Diese Verlegenheit," fährt Puchta fort, „ist dem Beispiel anzusehen, das zwar einen Fall des Erwerbs durch Unterworfene enthält, aber in diesem Zusammenhang ganz ungeschickt ist; denn erstens ist nicht einmal jede Stipulation juris civilis, zweitens steht sie mit dem Gegensatz der Possessio gar nicht auf gleicher Linie [2]).

Außer dieser Widerlegung aber, deren Schärfe wohl geeignet ist, eine überzeugende Wirkung hervorzurufen, spricht gegen die Entnehmung einer allgemeinen Regel aus der l. 53. cit. allerdings auch wohl, daß ein so wichtiger, und gegen hergebrachte Rechtsbegriffe verstoßender Grundsatz nur an dieser Stelle und noch dazu mit jedenfalls zweideutigen Worten ausgesprochen sein soll. Wenn wir uns erinnern, wie häufig in der Compilation die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Repräsentanten erwähnt wird, mit welchen präzisen und jedem Mißverständniß vorbeugenden Ausdrücken dieß geschieht, so darf es uns mit Recht Wunder nehmen, daß die nicht minder neue und mindestens ebenso wichtige Regel, nach welcher der directe Erwerb von Forderungsrechten möglich sein soll, lediglich an einer Stelle eine ganz allgemeine Erwähnung, die speziellere Ausführungen gleichsam vorauszusetzen scheint, gefunden hat. Sollte nachdem Gajus noch den Grundsatz: possessionem per procuratorem nobis acquiri als einen zweifelhaften darstellte, funfzig Jahre später jene Regel über den Erwerb von Forderungsrechten schon so geläufig geworden sein, daß Modestin ihrer nur beiläufig gedenkt? oder haben es sich die Compilatoren zu Schulden kommen lassen, unter vielen hierüber vorhandenen Aussprüchen der Juristen einen so zweideutigen und ungenügenden auszuwählen?

Zu allen diesen Zweifeln kommt endlich, daß die angegebene

1) v. Savigny. System Bd. III. §. 113. S. 96.

2) Puchta. Institutionen Bd. II. S. 335 u. 336. Anmerk. n.

Auffassung der l. 53. mit einer großen Anzahl von Quellenstellen in Widerspruch steht. Außer den schon oben angeführten §. 5. I. Per quas pers. (II. 9.) und der const. 1. Cod. eod. (IV. 27.) die ausschließlich nur bei dem Besitzerwerb eine Stellvertretung zulassen, gehören hierher die:

L. 11. §. 6. Dig. de pign. act. (XIII. 7.) ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper acquiret.

L. 11. Dig. de obligat. et act. (XLIV. 7.) Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat, possumus.

L. 72. Dig. de procurator. (III. 3.) Per procuratorem non semper acquirimus actiones; sed retinemus [1]), et q. s.

Wenn man nun auch alle diese Fragmente zu Gunsten Modestins und der l. 53. für antiquirt hält, so bleibt doch immer noch unerklärt die:

Const. 6. Cod. Si quis alter. (IV. 50.) — Si vero ab initio negotium uxoris gerens, comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum quae tibi non vis, nec illi potes.

Hier läugnen die spätern Kaiser Diocletian und Maximian den Erwerb der Klage durch den Procurator mit klaren Worten ab, der frühere Modestin selbst muß also mit seinem Ausspruch einen andern als den angenommenen Sinn verbunden haben [2]).

Auch für das Justinianische Recht ist es mithin durchaus nicht als ausgemacht anzusehen, daß Forderungsrechte unmittelbar durch Stellvertreter erworben werden konnten, vielmehr scheint nach den in den Quellen ausgesprochenen Ansichten die Entwicklung der hierüber geltenden Lehre niemals bis zu diesem Punkt fortgeschritten zu sein. Ueberall entstand die Obligation für den Repräsentanten selbst, und regelmäßig blieb als einziges Mittel, um den Geschäftsherrn die Klage zu verschaffen die Cession übrig. Nur in letzterer Beziehung ist im neuern Römischen Recht insofern eine Aenderung eingetreten, als man sich der utiles actiones ausnahmsweise ohne Cession bedienen konnte [3]). In welchem Umfang dieß möglich war, läßt sich nicht

---

1) Das „semper" hier wie in l. 11. §. 6 cit. ist ein Emblem Tribonians. Mühlenbruch a. a. O. §. 10. S. 90. not. 190. §. 11. S. 102. not. 209.

2) Dasselbe Resultat ergiebt die const. I. Cod. per qu. pers. (IV. 27.)

3) l. 5. Dig. de stip. pract. (XLVI. 5.) l. 68. Dig. de procurat. (III. 3.) l. 79. Dig. de V. O. (XLV. 1.) Mühlenbruch a. a. O. §. 14. S. 135.

allgemein bestimmen, und mit Unrecht ist hier der Grundsatz der Reciprozität als maaßgebend angesehen worden. Schon früher, wie wir weiter unten sehen werden, hatte man dem dritten Contrahenten nach Analogie der institoria actio eine Klage gegen den Mandanten gegeben, und Ulpian spricht allerdings von einer reciproken Klagberechtigung des Geschäftsherrn wenn er sagt:

L. 13. §. 25. Dig. de actiobs. emt. et vend. (XIX. 1.) Si procurator vendiderit, et caverit emtori, quaeritur: an domino, vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus libro tertio Responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione, ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.

Allein der Jurist meint nur, daß die mit der institorischen Klage aufgekommenen Ansichten dem Herrn eine actio utilis zu verstatten erforderten, unter welchen Bedingungen diese steht, sagt er nicht, und es muß daher das für ihre Zulässigkeit in l. 2. Dig. de inst. act. (XIV. 3.) aufgestellte Requisit: si modo aliter (dominus) rem suam servare non potest, nothwendig seine Geltung behalten [1]).

Von ganz anderen Ansichten ist mit guten Gründen von jeher die deutschrechtliche Praxis ausgegangen. Nicht gebunden an die für die Römischen Juristen nothwendige Rücksicht auf hergebrachte Grundsätze, welche, wenn sie auch im Bewußtsein immer mehr zurückwichen, dennoch eine lebendige Geltung in der bleibenden Form der Stipulationen bewahrten, würde sie ebenso den Geist des Römischen Rechts wie ihren eigenen Beruf durch einen Stillstand in der begonnenen Entwicklung vollständig verkannt haben.

In dem gemeinen deutschen Recht unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Bevollmächtigter in fremdem Namen einen Vertrag gültig abschließen, und seinem Machtgeber die Klage aus demselben sofort erwerben kann. Wenn sich aber auch Letzterer des Klagrechts ohne alle Uebertragung bedienen darf, so ist es dennoch selbst hier ihm insofern nicht erworben, als es seiner Existenz und seinem Umfang nach an die Person des Stellvertreters geknüpft ist. Schon die nächste Frage über die juristische Gültigkeit des geschlossenen Vertrags muß nach den Eigenschaften des Repräsentanten beurtheilt werden, un-

1) Ulpian würde sonst mit sich selbst und mit Papinian im Widerspruch gerathen. l. 1. § 17. 18. Dig. de exercit. act. (XIV. 1.) l. 49. §. 2. Dig. de acq. poss. (XLI. 2.) Mühlenbruch a. a. O. §. 14. a. E. S. 145. 146. Heise u. Cropp, Jurist. Abhandlungen. Bd. II. Abhdlg. XIII. §. 22. S. 390.

zweifelhafter noch ist es, daß der dritte Contrahent sich nur insoweit einen Anspruch gefallen zu lassen braucht, als er ihn durch den mit dem Mandatar eingegangenen Contract möglich gemacht hat, der Herr also in seinen Berechtigungen an dessen Handlungen gebunden ist. Auch heut zu Tage wird daher der Stellvertreter zunächst selbst Obligationsinteressent, und der Dominus kann nur das ihm erwachsene Recht aber allerdings ohne alle weitere Vermittlung geltend machen [1]).

Hält man diese Grundsätze fest, so zeigt sich, daß man auf das Wissen und den Willen des dritten Contrahenten bei Beurtheilung der entstehenden Klagberechtigung mit Unrecht ein entscheidendes Gewicht legt. Die heutige Praxis unterscheidet nämlich zwischen einem von dem Mandatar im Namen seines Vollmachtgebers abgeschlossnen Contract, und einem Vertrag, den Jemand in eignem Namen eingegangen ist, in welchem er sich aber die Leistung an einen Dritten ausbedungen hat. In dem letzteren Fall gesteht sie Beiden: dem Contrahenten und dem Dritten (d. h. dem eigentlichen Dominus) ein Klagerecht zu; in dem ersteren hingegen soll der Mandatar weder berechtigt noch verpflichtet werden, und nur zwischen dessen Contrahenten und dem Mandanten die Obligation mit ihren rechtlichen Wirkungen entstehen [2]). So entscheidend aber die Absicht des dritten Contrahenten für sein eignes Klagerecht ist, so kann es dennoch nicht gebilligt werden, hieraus für das ganze Verhältniß eine allgemeine Regel zu bilden. Wenn er auch nach Römischem Recht gegen den Procurator keine Klage haben soll, sobald er contemplatione domini handelte [3]), so ist dieß doch nur das Resultat seines eignen freien Willens, der sich auch mit Erfolg darauf hätte richten können, den Mandatar verbindlich zu machen; durch die Bestimmung aber, daß er nur gegen den Mandanten klagen kann, wird stets angenommen, daß er mit diesem habe contrahiren wollen, sein freier Wille also mit Unrecht eingeschränkt. Dazu kommen noch andere Bedenken hinsichtlich der Stellung des Mandatars, den die Praxis durch ihre Annahme, daß eigentlich nicht er, sondern der Mandatar den Vertrag abschließe zum Boten oder Unterhändler macht, der nur als Werkzeug zur Erkenntniß eines fremden Willens dient und für sich in keine juristische Be-

---

1) v. Vangerow a. a. O. S. 295.

2) Weber, die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. S. 336. J. C. Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Commissionshandel. §. 21. S. 75. Heise u. Cropp a. a. O. S. 386. Not. 76. wo jedoch diese Ausdehnung nicht unbedingt gebilligt wird.

3) l. 6. §. 1. Dig. h. t.

ziehung tritt. Abgesehen von dieser durchaus ungerechtfertigten Vermengung zweier Klassen von Stellvertretern, die überall streng von einander geschieden werden müssen, werden wir hierdurch zu der eigenthümlichen Consequenz geführt, daß nach heutigem Recht zwar aus andern Gründen aber in der That ebenso wenig als im Römischen Recht ein Procurator für seinen Vollmachtgeber in dessen Namen einen Vertrag abschließen kann. Das Römische Recht gestattete dieß nicht zufolge seiner ursprünglichen rechtlichen Grundsätze, heutzutage ist es faktisch unmöglich, weil ein Repräsentant, sobald er in fremdem Namen handelt sofort als ein Bote des Vertretenen, dieser selbst in jeder Beziehung als Contrahent angesehen wird.

Aus Rücksichten für den dritten Contrahenten der frei wählen kann, auf wen er seinen animus obligandi richten will, und für den Stellvertreter, dessen Eigenschaft als Mandatar nicht ohne Weiteres unterdrückt werden darf, ist der angegebene Unterschied nicht zu machen. Der Procurator ist stets zunächst selbst Contrahent, der Dritte kann nach Maaßgabe seiner ursprünglichen Willensrichtung ihn oder den Herrn in Anspruch nehmen, dem Principal endlich steht immer ein zwar mittelbares aber sofort zu übendes Klagerecht zu.

Bei dieser ganzen Untersuchung über den Erwerb von Forderungsrechten durch freie Mittelspersonen war nun überall von einem Repräsentanten im Allgemeinen oder sogar ausdrücklich von einem Mandatar die Rede; sie würde als ungerechtfertigte Abschweifung von unserm Gegenstand erscheinen, wenn wir nicht schließlich den Nachweis zu geben im Stande wären, daß dem Mandatar als Stellvertreter in dieser Beziehung der Gestor gleichzustellen ist, daß also Alles was von Jenem gesagt wurde, auch von diesem nach erfolgter Ratihabition gilt. Für das Römische Recht kann dieß, wenn es gleich wohl nirgends in den Quellen mit klaren Worten ausgesprochen wird [1]), doch keinem Zweifel unterliegen, da die Bedeutung, welche das Mandat für den Erwerb des Forderungsrechts insofern hat, als es die Wirkungen des Vertrags auf den Principal vermittelt, nicht von dem gegebenen Auftrag abhängt, es vielmehr um diese Wir-

1) Ein indirectes Zeugniß hierfür liegt in dem Sprachgebrauch der Römer, welche, da wo sie von einem Erwerb des Klagerechts für den Dominus durch Handlungen eines Repräsentanten sprechen, durchaus nicht zwischen einem beauftragten und freiwilligen Stellvertreter unterscheiden, sondern häufig den allgemeinen Ausdruck procurator gebrauchen. Andeutungen finden sich in l. 13. §. 25. Dig. de actbs. emt. et vendit. (XIX. 1.) l. 1. §. 18. in f. Dig .de exercit. act. (XIV. 1.) Vgl. Mühlenbruch, Pand. R. Bd. II. §. 435. III. Cession §. 44. S. 471. §. 51. S. 514. v. Vangerow a. a. O. S. 294. 295.

kungen hervorzurufen, überhaupt nur eines juristischen Verhältnisses zwischen dem Stellvertreter und Dominus bedarf, das ebenso gut in einer Negotiorum Gestio als in einem Mandat bestehen kann. Ebenso müssen sich die Erweiterungen des deutschen Rechts auch auf die unaufgetragene Geschäftsführung beziehen. Will der Herr sich der ihm gegen den dritten Contrahenten zugelassenen Klage bedienen, so genehmigt er den eingegangenen Vertrag; durch die Ratihabition entsteht aber ein dem Mandat in dieser Hinsicht völlig gleichstellendes Verhältniß.

Durch den Gestor erwirbt also der Dominus:

1) Besitz und in Folge davon Eigenthum schon nach Römischem Recht;

2) Forderungsrechte dagegen früher nur vermittelst der Cession, später ausnahmsweise durch Zulassung von utiles actiones; nach heutigem Recht hat er nach der Ratihabition ein mittelbares aber sofortiges Klagerecht.

§. 21. Ueber die Verbindlichkeit des Herrn aus den Handlungen des negotiorum gestor.

Durch die Handlungen eines Stellvertreters kann der Geschäftsherr nur verpflichtet werden, wenn er zu denselben seine Einwilligung gegeben hat, oder durch sie nachweislich bereichert worden ist. Bei einem Mandat ist daher über die Möglichkeit einer Verpflichtung des Auftraggebers kein Zweifel, bei der Negotiorum Gestio hingegen diese nothwendig gebunden an die erfolgte Ratihabition oder eine versio in rem. Dem uns schon bekannten Zugeständniß, daß der Geschäftsherr gegen den Contrahenten seines Procurators mit einer actio utilis klagen dürfe, ging in der Entwicklung der hierüber geltenden Grundsätze ersichtlich die Zulassung einer solchen Klage von Seiten des Dritten gegen den Herrn voraus [1]. Früher war es das zwischen dem Prinzipal und Procurator bestehende juristische Verhältniß gewesen, welches die Realisirung der Forderungen vermittelte, die in dem Fall eines mit dritten Personen abgeschlossenen Vertrags entstanden. Nur mit der mandati oder neg. gest. actio konnte der Herr seine Ansprüche geltend machen, der dritte Contrahent hatte lediglich gegen den Mandatar oder Gestor die Contractsklage, und überließ es diesem zu seiner eigenen Entschädigung weitere Schritte gegen den Herrn zu thun. Dieses ursprüngliche Verhältniß, das sich bei beschränkterem Verkehr durch eine gewisse Sicherheit empfahl, die

1) Mühlenbruch a. a. O. §. 14. II. S. 141.

es allen Partheien gewährte, konnte aber den spätern auf eine directere Verbindung des Geschäftsherrn und dritten Contrahenten gerichteten Anforderungen nicht genügen, es erlitt Veränderungen und zwar von einer Seite her, nach welcher hin es zunächst nie gewirkt hatte.

War von einem fremder Gewalt Unterworfnen eine Peculiarverbindlichkeit eingegangen worden, so stand gegen den Gewalthaber eine de peculio actio auf den Betrag des Sonderguts zu, weil der Vortheil, den der abgeschloßne Vertrag dem Peculium, mittelbar also dem Herrn zufloß [1]). Wenn nun auch diese Verantwortlichkeit eine durch die Größe des Sonderguts bestimmte, mithin eine beschränkte war, so hatte man doch mit jener Klagberechtigung die Möglichkeit anerkannt, Ansprüche aus einem Vertrag auch gegen einen Nichtpaziszenten geltend machen zu dürfen, und eben diese einmal gewonnene Anerkennung führte sehr bald zu anderweitigen und umfänglicheren Verpflichtungen des Geschäftsherrn. Schon das Moment der Version auf das sich die de peculio actio stützte, mußte hier noch einen weitern Einfluß gewinnen. Wenn nämlich der Hausunterthan, indem er die Angelegenheiten des Dominus besorgte, diesen nicht mittelbar durch Vergrößrung des Peculii, sondern direct bereicherte, so mußte der Herr nach dem Grundsatz, daß eine Version zu seinen Gunsten ihn verbindlich mache, und zumal weil der Gewinn, der ihm hierdurch zufloß wenigstens dann das Ergebniß eines den dritten Contrahenten treffenden Schadens war, wenn dieser aus dem Peculium sich entweder gar nicht oder doch nicht vollständig befriedigen konnte, auch einer verhältnißmäßig größern Verpflichtung unterliegen [2]). Diese wurde angenommen, indem man gegen ihn bis auf den Betrag des Zuwachses, den sein eignes Vermögen erhalten hatte, die de in rem verso actio zuließ, eine Klage, die mit der de peculio actio in ihrem Entstehungsgrund identisch, einen selbstständigen Charakter ebenda gewann, wo diese ihrer Natur nach das ursprüngliche Prinzip nicht mehr realisiren konnte [3]). Außerdem rief dem objectiven Moment der Version gegenüber, das bei den eben genannten Klagen allein in Betracht kam, der Wille des Geschäftsherrn selbst für diesen eine Ver-

1) Inst. IV. 7. Quod cum eo qui in al. pot. Hierzu der Comm. von Janus A Costa. Donell, Comm. lib. XV. cap. 51. (Ed. Bucher, Vol. X. pag. 74 sq.)

2) l. 1. §. 1. Dig. de in rem verso. (XV. 3.)

3) §. 4. I. Quod cum eo. (IV. 7.) Licet enim una est actio, qua de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.

bindlichkeit hervor. Der Hausherr konnte sich der unterthänigen Person in eignen Angelegenheiten als Bevollmächtigten bedienen, ihr ein einzelnes oder eine ganze Reihe von Geschäften vorzunehmen gebieten. That er dieß, so erschien er selbst gewissermaaßen als Contrahent, und die Klage wurde gegen ihn mit dem Zusatz: quod jussu zugelassen [1]). In den Grundsätzen über diese quod jussu actio war es keine unbeutende Erweiterung, daß man für ihre Anwendbarkeit die nachfolgende Ratihabition als hinreichend ansah [2]); denn eigentlich war der Einfluß, den der vorhergehende Befehl auf die Willensbestimmung des Dritten insofern übte, als dieser vielmehr mit dem Hausherrn selbst den Vertrag einzugehen beabsichtigte [3]), das Moment, welches die Verbindlichkeit des Letzteren hervorrief. Wenn man hier aber ersichtlich nur im Allgemeinen das Prinzip festhielt, daß der Herr eingewilligt haben müsse, und deßhalb der Genehmhaltung gleiche Wirkungen verlieh, wie dem vorgängigen Gebot, so war es auch lediglich eine natürliche Consequenz: dem ausdrücklich ertheilten Befehl den thatsächlich gegebnen gleichzustellen, mithin eine Verantwortlichkeit des Herrn auch dann anzunehmen, wenn er für eigne Rechnung den Unterworfnen für einen gewissen Geschäftskreis als Verwalter bestellt hatte. Dieß gab dem Prätor Veranlassung jene beiden Klagen ins Leben zu rufen, die uns unter dem Namen der institoria und exercitoria actio bekannt sind [4]). Bei Verträgen mit hausunterthänigen Personen war also dem Herrn gegenüber die Stellung des dritten Contrahenten durchaus geordnet und gesichert, ihm standen bei einer Version die de peculio und de in rem verso actio, bei erfolgtem Consens die mindestens hinsichtlich der Beweisführung noch günstigeren [5]) quod jussu, institoria und exercitoria actio zu. Eben diese Sicherheit aber, deren er sich erfreute, mußte bald den

---

1) Das Wesen der **quod jussu actio** ist sehr bestritten. Anderer als der hier vorgetragenen Meinung sind: **a Costa, ad §. 1. I. IV. 7.** Glück, Comm. Bd. **XIV.** §. 919. S. 425. Mühlenbruch, Pand. R. §. 573. Vergl. aber v. Vangerow, Leitfaden §. 240. Die neueste Abhandlung ist von Schmid: Ueber die **actio quod jussu** Archiv für civilist. Praxis. Bd. **XXIX.**

2) **l. 1. §. 6. Dig. Quod jussu. (XV. 4.)**

3) **l. 1. pr. Dig. eod. — nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.**

4) Die noch hierher gehörige **tributoria actio** hat bei dieser Untersuchung kein Interesse.

5) **§. 5. I. eod. (IV. 7.) Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse. —**

Wunsch rege werden lassen auch bei Contracten mit freien Stellvertretern, bei denen man den Herrn durch die Absicht für ihn als Gestor aufzutreten bisher zwar auch schon verbindlich machen konnte, allein dann auch nur ihn ausschließlich verpflichtete, neben der Klage gegen die Mittelsperson einen Anspruch gegen den Dominus geltend machen zu können. Allerdings widersprach dieser Annahme, daß hier weder eine Vermögenseinheit zwischen Prinzipal und Procurator die Verantwortlichkeit des Ersteren begründete, noch er bei dem unabhängig freien Willen des Letzteren so unmittelbar als Urheber des geschloßnen Vertrags auftrat, wie er bei einem auf seinen Befehl eingegangnen Contract erschien; allein diese Bedenklichkeiten konnten die Anerkennung einer Verbindlichkeit des Dominus bei einer Geschäftsführung unabhängiger Stellvertreter nicht behindern, ihre Wirkungen beschränkten sich lediglich darauf, diese von einem andern Anfangspunkt eine andre Entwicklung nehmen zu lassen, als die war, welche wir bei Handlungen hausunterthäniger Personen kennen gelernt haben. Das Moment der Version das bei diesen zunächst Anstoß zu einer Verpflichtung des Hausvaters gegeben hatte, trat fürs erste wenigstens in den Hintergrund, und es ist, wie wir weiter unten sehen werden, eine bis auf den heutigen Tag unerledigte Streitfrage, ob dasselbe hier überhaupt jemals bei den Römern Einfluß gewann; dagegen war es die Zustimmung des Herrn, die ihm dem Dritten gegenüber auch wenn er sich freier Mittelspersonen bediente eine Verpflichtung mit Recht aufzulegen schien. Aus der Betrachtung, daß man diese um dem im Verkehr hervortretenden Bedürfniß zu genügen anerkannte, ist es zu erklären, daß die inst. und exercit. actio zuerst bei einer Geschäftsführung Unabhängiger zugelassen wurden. Eben diese beiden Klagen mochten sich bisher schon vorzugsweise bewährt haben, die Bestellung eines Institor, wozu man gewiß bald nicht bloß eine abhängige Person nahm, war eine sehr gewöhnliche Erscheinung, das Verkehrsleben führte endlich fortwährend darauf hin mit einem derartigen Stellvertreter zu contrahiren, und ließ gleichviel ob dieser ein Freier oder Unterworfner war die Möglichkeit einer Klagberechtigung gegen den Herrn als wünschenswerth erscheinen. Bei der Geschäftsführung Unabhängiger faßte man also dasjenige Moment, welches bei der Entwicklung der dem Hausherrn durch die Handlungen seiner Hausunterthanen erwachsenden Verpflichtung zuletzt in Betracht gekommen war: das Moment der Einwilligung des Herrn, die sich in der Bestellung des Repräsentanten als Institor aussprach, zunächst als Grund auf, ihn verantwortlich zu machen, und schritt nun zu dem fort, wovon man

dort ausgegangen war, indem man gleiche Wirkungen wie der thatsächlichen Einwilligung auch der in Form eines Auftrags ertheilten Zustimmung verlieh. Die quasi institoria actio des dritten Contrahenten gegen den Geschäftsherrn aus einem mit dessen Mandatar geschloßnen Vertrag ist eine Klage, welche der quod jussu actio in mehr als einer Beziehung entspricht.

Für die Anwendbarkeit dieser quasi institoria actio [1]) ist es eine unerläßliche Bedingung, daß der Bevollmächtigte innerhalb der Gränzen des ihm ertheilten Auftrags gehandelt hat. Nur soweit sich das Mandat erstreckt, ist die Einwilligung des Dominus zu der Geschäftsführung des Stellvertreters vorhanden, auf den Consens des Herrn gründet sich aber dessen Verpflichtung, also auch jene Klage. Außerdem muß auch der dritte Contrahent, um sich ihrer bedienen zu können, von dem ertheilten Auftrag gewußt haben [2]). Es wird bei ihm nicht die Absicht gefordert außer dem Mandatar als neg. gestor secundär auch den Herrn verbindlich machen zu wollen, hieraus würde sich für ihn eine neg. gest. actio utilis ergeben, die wir weiter unten kennen lernen werden; allein es kehrt hier der Grundsatz der quod jussu actio, daß gewissermaaßen mit dem contrahirt werde, der dazu Befehl ertheilt hat, wieder, es ist auch bei der quasi institoria nothwendig, daß der Dritte im Vertrauen auf den vom Prinzipal ertheilten Auftrag den Vertrag abgeschlossen hat. Nichtsdestoweniger contrahirt er zunächst mit dem Bevollmächtigten selbst, und ist deßhalb nicht wie der Gestor, der als solcher mit dem Procurator des Dominus einen Contract eingeht, mit seinen Ansprüchen regelmäßig [3]) lediglich an den Herrn gewiesen, vielmehr hat er freie Wahl, welchen von Beiden er belangen will [4]). Alle diese Klagen aber standen, eben weil sie sich auf die Einwilligung des Herrn stützten, den dritten

1) l. 10. §. 5. Dig. Mandati. (XVII. 1.) Utilem actionem dandam, quasi institoriam. l. 19. pr. Dig. de inst. act. (XIV. 3.) — utilis ad exemplum institoriae dabitur actio. l. 13. §. 25. Dig. de actbs. emt. et vend. (XIX. 1.) const. 5. Cod. de inst. et exercit. act. (IV. 25.) Mühlenbruch a. a. O. §. 14. S. 143.

2) l. 10. §. 5. cit. — qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat. Dieses Erforderniß ist noch bestritten. Heise u. Cropp a. a. O. Abhdlg. XIII. S. 388. l. 1. §. 9. Dig. de exerc. act. (XIV. 1.) Thöl, Handelsrecht Th. I. §. 27. S. 83 ff.

3) l. 6. §. 1. Dig. h. t. Von der l. 31. pr. Dig. eod. weiter unten.

4) l. 19. pr. Dig. de inst. act. (XIV. 3.) l. 1. §. 24. Dig. de exerc. act. (XIV. 1.) Heise und Cropp a. a. O. S. 388. Mühlenbruch a. a. O. S. 143. v. Vangerow a. a. O. §. 661. S. 476. 477.

Personen zunächst nur bei dem Verkehr mit Mandataren zu, bei einer unaufgetragnen Geschäftsführung dagegen fehlte mit der vorhergehenden Zustimmung des Prinzipals auch dessen Verantwortlichkeit, außerdem erschien aus allgemeinen Gründen die Thätigkeit eines Gestor minder verpflichtend. Welcher rechtliche Schutz wurde den Mitcontrahenten nun bei der Negotiorum Gestio zu Theil? Hier, wo sich aus dem Consens des Dominus eine Verbindlichkeit des Herrn mit geringrer Sicherheit herleiten ließ, hätte man erwarten sollen, daß das Moment der Version zur Anerkennung gebracht werden würde. Ob dieß geschehen ist, mit andern Worten, ob eine de in rem verso actio bei den Römern auch wegen Handlungen unabhängiger Stellvertreter zugelassen wurde? mit dieser Frage müssen wir uns in dem folgenden Paragraphen genauer beschäftigen, zunächst haben wir es nur damit zu thun, ob nicht die Einwilligung des Dominus, die doch auch bei der Negotiorum Gestio nachträglich erfolgen mußte, eine Klage gegen ihn hervorrief. In der That ist dieß geschehen, man hat wieder ebenso wie bei der quod jussu actio auch bei der quasi institoria die Genehmhaltung der vorhergehenden Zustimmung gleichgestellt, und bei Contracten mit dem Gestor die letztre Klage utiliter gegen den Herrn zugelassen [1]). Dieß bezeugt Papinian:

L. 66. §. 3. Dig. de evictbs. (XXI. 2.) Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praediis, in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit.

Wenn bei der Erbtheilung einer der Erben von einem Geschäftsführer vertreten wird, so hat bei nachmaliger Eviction der Grundstücke der Erbe, dem diese zugesprochen worden waren, gegen den Vertretnen, wenn dieser ratihabirt hat, die Klage, die er gegen den Stellvertreter haben würde. Daß der Jurist hier von einem unbeauftragten Geschäftsführer spricht, ergiebt sich aus den Worten: negotium absentis gessit, insbesondre aber aus dem Zusatz: et dominus ratum habuit.

Zum Schluß müssen wir uns mit einer neg. gest. actio utilis beschäftigen, die derselbe Papinian dem dritten Contrahenten bei mandirter wie bei unaufgetragner Geschäftsführung zugesteht:

L. 31. Dig. h. t. Liberto vel amico mandavit, ut pecuniam acciperet mutuam; cujus litteras creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen

---

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 144.

dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Die Schwierigkeit, welche die Erklärung dieser Stelle macht, liegt in der durch die letzten Worte ausgesprochnen Berufung auf die institoria actio. Papinian sagt: der Gläubiger oder Bürge, der auf eine Anweisung des Mandanten hin mit dem Mandatar contrahirt, hat gegen Ersteren eine neg. gest. actio nach Analogie der institoria. Diese Geschäftsführungsklage erscheint aber durchaus nicht als eine actio utilis, man kann vielmehr geneigt sein, ihren Grund in dem animus neg. gerendi des Gläubigers oder Bürgen und in dessen besondrer Rücksicht auf den Geschäftsherrn, die sich in den Worten: cujus litteras secutus ausspricht, zu suchen. Dieser anschaulichen Auffassung widersprechen jedoch die Schlußworte der Stelle auf das Vollständigste, denn um in der angegebnen Weise eine neg. gest. actio zuzulassen, würde es nicht bloß keiner Hinweisung auf die inst. actio bedürfen, es würde diese sogar völlig unerklärlich sein. Hätte der Gläubiger oder Bürge lediglich in der Absicht gehandelt die Geschäfte des Mandanten zu führen, und somit nur als dessen Gestor contrahirt, so könnte er gegen den Mandatar durchaus keine Klage haben; allein hierauf deutet Nichts in dem Ausspruch Papinians hin, vielmehr scheint sich aus seinen Worten das Gegentheil deßhalb zu ergeben, weil er sagt: unter den angegebnen Verhältnissen wird gegen den Mandanten nach Maaßgabe der inst. actio, mit welcher die Haftung des Auftraggebers neben der des Mandatars anerkannt worden war, die neg. gest. actio gegeben. Die Contemplation des Geschäftsherrn wird also nicht als so entscheidend betrachtet, wie in dem Fall, wenn das mutuum zur Deckung einer dringenden Schuld, oder zur Einlösung eines Pfandes gegeben worden wäre [1]); es wird vorausgesetzt, daß der Dritte zwar aus Rücksicht für den Machtgeber, aber doch immer zunächst mit dessen Bevollmächtigten contrahirt, und gegen die Klage erworben hat. Hiermit wäre aber eigentlich die directe Klagberechtigung gegen den Dominus ausgeschlossen, denn wie man gegen den Procurator nicht klagen kann, wenn man als Gestor des Herrn ihm ein Mutuum gegeben hat, so umgekehrt steht die neg. gest. actio gegen den Herrn nicht zu, wenn mit dem Procurator eine Verbindlichkeit eingegangen worden ist, und es müßte in dem Fall der l. 31. die Contemplation und die Qualität als Gestor bei dem Gläubiger hinter die entschiednere Absicht mit dem Mandatar

1) l. 6. §. 1. Dig. h. t.

zu contrahiren und hinter das Factum der mutui datio an diesen zurücktreten. Sie soll aber nach der Meinung Papinians doch noch eine gewisse Geltung bewähren, es wird nämlich aus ihr die Möglichkeit hergeleitet, die neg. gest. actio wenigstens utiliter zuzulassen, utiliter, weil wegen des Anspruchs gegen den Geschäftsführer eine directe Klage gegen den Herrn nicht möglich ist. Diese Klagberechtigung gegen den Herrn, welche derselbe vielleicht unter Hinweisung auf die Zuständigkeit einer Klage gegen seinen Mandatar läugnen könnte, wird nun gerechtfertigt durch die Berufung auf die mit der inst. actio eingeführten Grundsätze. Wie gegen den Herrn, der einen Institor bestellt hat, aus dem mit diesem geschloßnen Vertrag geklagt werden kann, ebenso soll, auch wenn keine Bereicherung stattgefunden hat, Derjenige, welcher aus Rücksicht für den Herrn mit dessen Mandatar einen Contract eingegangen ist, gegen Ersteren eine neg. gest. actio utilis haben. Es ist keine Frage, daß diese Geschäftsführung, die durch die beiläufige Contemplation des Herrn möglich wird, zunächst nach Analogie der actio quasi inst. gegeben worden ist; denn in dem Fall der l. 31. cit. ist kein Institor bestellt, vielmehr handelt hier ein Mandatar innerhalb der Gränzen seines Auftrags, dennoch kann aber Papinian sehr wohl von der inst. actio im Allgemeinen sprechen, weil er nicht auf die Form der Klage, sondern auf die in ihr anerkannten Grundsätze hinweist.

Neben der institoria, quasi inst. und quasi inst. utilis hat also der dritte Contrahent auch eine neg. gest. actio utilis gegen den Prinzipal, wenn er nicht bloß im Vertrauen auf den von diesem ertheilten Auftrag, wie bei der quasi inst., sondern außer mit der Absicht aus dem Vertrag den Geschäftsherrn verbindlich zu machen, auch zugleich aus Contemplation für den Herrn als dessen Gestor contrahirt hat. Eine scharfe Auffassung der dieser Klage eigenthümlichen Natur und des Verhältnisses, in welchem sie zu der directen neg. gest. actio und der de in rem verso actio steht, ist besonders deßhalb nöthig, um in dem Fall, wenn der dritte Contrahent mit einem Gestor Verträge abgeschlossen hat, außerdem aber auch eine Version zu Gunsten des Herrn eingetreten ist, Irrungen zu vermeiden, die um so leichter eintreten, als hier die neg. gest. actio directa, utilis, und die de in rem verso actio verschiedenen Berechtigten gegen denselben Dominus zustehen können.

§. 22. Die Verbindlichkeit des Herrn bei einer in rem versio.

Wenn, wie wir gesehen haben, der Geschäftsherr durch seine

Einwilligung dem dritten Contrahenten wegen des von seinem Gestor abgeschlossenen Vertrags verantwortlich werde konnte, so mußte dieß um so mehr der Fall sein, wenn ihm aus dem Contract das günstige Resultat zu Gute kam, seine Verpflitchung sich auf eine erhaltene Bereicherung stützte. Im Römischen Recht gab deßhalb bei der Geschäftsführung hausuntertäniger Personen, wo sich die Verbindlichkeit des Prinzipals als dem dritten gegenüber zuerst entwickelte, die Bereicherung zunächst Veranlassnng, Jenen in Anspruch zu nehmen, und wenn auch später aus dem Consens des Dominus noch anderweitige und zum Theil günstigere Klagen erwuchsen, so ist doch die mit diesen concurrirende de in rem verso actio niemals überflüssig geworden, weil in dem Fall einer Negotiorum Gestio der dritte Contrahent seine aus einem mit dem Gestor geschlossenen Vertrag erworbenen Ansprüche möglicherweise einzig mit ihr zu realisiren im Stande war. Es behielt also diese Klage bei Handlungen abhängiger Stellvertreter ihrer Natur nach eine vorzügliche Geltung bei der unaufgetragenen Geschäftsführung, und man kann zunächst aus allgemeinen Gründen erwarten, daß sie diese auch bei der Verwaltung unabhängiger Procuratoren gefunden hat. Wenn gleich hier die Verantwortlichkeit des Herrn von Anfang an auf seinen Consens basirt, und selbst dann wenn kein Auftrag ertheilt worden war, mit der quasi inst. utilis ein Mittel gefunden wurde, den Ansprüchen der Dritten rechtliche Geltung zu verschaffen, so würde doch die de in rem verso actio zufolge ihrer Natur in den letzten Fällen vorzugsweise an ihrem Platz gewesen sein, und es läßt sich wenigstens soviel behaupten, daß die Zulässigkeit dieser Klage bei Verträgen, die mit Gestoren eingegangen sind, den Ansichten der Römer nicht widerspricht, vielmehr bei der Entwicklung der in dieser Beziehung geltenden Grundsätze durchaus im Geiste des Römischen Rechts liegt. Hiermit ist für die wirklich erfolgte Ausdehnung der de in rem verso actio nichts bewiesen; allein wenn, wie es der Fall ist, auf diese Erweiterung noch anderweitig hingedeutet wird, und nur wegen der allgemeinen Haltung dieses Zeugnisses Zweifel entstehen, da wird man jene Uebereinstimmung nur mit Unrecht außer Acht lassen.

Ob unsere Klage gegen den Prinzipal eines unabhängigen Procurators nach Justinianischem Recht zulässig war, ob diese Anwendbarkeit nach heutigem Recht angenommen werden darf, und inwieweit dieselbe überhaupt gehen kann? darüber ist von jeher unter den Juristen ein Streit gewesen, in welchem sich die widersprechendsten Meinungen geltend gemacht haben. Viele und unter ihnen vorzüg-

lich ältere Rechtslehrer von bedeutender Autorität [1]) haben die de in rem verso actio streng auf ihren ursprünglichen Umfang beschränkt, weil die Quellen das Gegentheil mindestens nicht bestimmt aussprechen, Andere [2]) im Gegensatz hierzu die Klage überall zugelassen, wo aus einem zwischen zwei Personen abgeschlossenen Geschäft ein Dritter einen Vortheil zieht, derselben also eine Ausdehnung gegeben, die sich auch bei den freisten Ansichten über die der Praxis zustehenden Berechtigung nicht in Schutz nehmen läßt. Daß keine dieser beiden Meinungen durch die Kraft ihrer inneren Wahrheit sich für das heutige Rechtsleben Erfolge erringen konnte, ist eine nothwendige Folge des Umstandes, daß in beiden die Stellung des Römischen Rechts verkannt worden ist. Die Ersteren unter den genannten Juristen ließen eine Erweiterung der de in rem verso actio deßhalb nicht zu, weil sie dieselbe in den Quellen nicht ausgesprochen fanden; diese Ansicht kann uns nicht genügen, weil, die Richtigkeit jener Behauptung zugegeben, unserer heutigen Jurisprudenz das Recht zusteht, römischrechtliche Institute, die uns in unbeendeter Entwicklung überkommen sind, selbstständig fortzubilden; die Praktiker dagegen die aus jener Klage ein Rechtsmittel machten, das ohne feste Gränzen zur beliebigen Aushülfe dient, fehlten, weil sie bei der Fortbildung derselben gegen den Geist des Rechts willkührlich verstießen, dem sie entsprungen war.

Weit näher kommen der richtigen Ansicht schon diejenigen Juristen, welche die de in rem verso actio nur dann für anwendbar halten, wenn der Herr durch den von seinem Procurator mit einem Dritten abgeschlossenen Contract bereichert worden ist [3]); vollständig befriedigen kann aber endlich allein die Annahme ihrer Zulässigkeit in dem Fall eines mit einem neg. gestor eingegangenen Vertrags [4]). Es wurde schon oben nachzuweisen versucht, daß die de in rem verso actio ihrer ursprünglichen Natur nach bei der unaufgetragenen Ge-

1) Cujas, ad const. 7. Cod. Quod cum eo. (IV. 26.) Tom. IX. p. 313. Donell, Comm. ad l. IV. Cod. ad const. 7. cit. pag. 155.

2) Hellfeld, Jurisprd. for. §. 917. Berger, Oeconom. jur. l. III. tit. 14. th. 2. Not. 19. Höpfner, Comm. §. 1156. 1157. Insbesondere: Leyser, Med. ad Pand. Spec. CXXX. Med. 8. Kindii Quaest. tom. III. cap. 21.

3) Hofacker: Princip. jur. civ. tom. III. §. 1812. Glück: Comm. Bd. XIV. §. 917. S. 416. folgd. dehnt die de in rem verso actio aus auf Contracte mit dem Vormund, Bevollmächtigten oder Gestor.

4) Mühlenbruch: Pand. Recht. Bd. II. §. 437. Sell: Versuche I. §. 18. 19. Gegen eine zu große Ausdehnung ist auch: Lauterbach: Coll. Theor. Pract. ad l. XV. t. 3. §. 9. Kämmerer a. a. O. S. 358. Kritz. Pand. R. Th. I. Bd. I. S. 441.

schäftsführung hausunterthäniger Personen besondere Geltung finden mußte, wird diese ihr auch bei Handlungen unabhängiger Gestoren verliehen, so giebt man der Klage nur eine Bedeutung, die ihr nach der Anerkennung, welche sie bei den Römern gefunden hat, zukommt.

Diese Ansicht, die sich in neuerer Zeit immer mehr geltend gemacht hat, und unter Anderen vorzüglich von Sell ausgeführt worden ist, findet sich denn auch bei einer unbefangenen Anschauung in der vielbestrittenen const. 7. Cod. Quod cum eo (IV. 26.) bestätigt [1]).

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Crescenti. §. 1. Alioquin, si cum libero, res ejus agente, cujus precibus meministi, contractum habuisti, et ejus personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.

Nachdem im Anfang der Constitution die Klagen besprochen worden sind, welche im Fall eines an eine hausunterthänige Person gegebnen Darlehns dem Darleiher sowohl gegen diese, als gegen den Hausherrn zustehen, wird im §. 1. dieselbe Frage für den andern Fall behandelt, wenn die Mittelsperson eine von fremder Gewalt unabhängige gewesen ist. Hier sagen nun die Kaiser: Wenn Du nicht ohne Berücksichtigung des Herrn mit einem freien Stellvertreter contrahirt, und den Letzteren dir als Gegner (d. h. als den, welchen Du zunächst belangen wolltest), erwählt hast, so ist es offenbar, daß Dir gegen den Herrn nur dann eine Klage zusteht, wenn er bereichert worden ist, oder den Vertrag genehmigt hat.

Wir haben schon mehrfach gesehen, daß die Absicht des dritten Contrahenten bei Eingehung des Vertrags für seine Klagberechtigung von entscheidendem Einfluß ist. Hat er mit einem Procurator contemplatione domini und mit der Absicht, dessen Geschäfte zu führen, contrahirt, so steht ihm gegen den Stellvertreter gar keine, gegen den Herrn aber die gewöhnliche neg. gest. actio zu, mit der er die Ratihabition erzwingen kann. Im entgegengesetzten Fall hat er bei einem Vertrag mit dem Repräsentanten, wenn er ohne zu wissen, oder mindestens ohne Rücksicht darauf, ob dieser für sich oder einen Andern handelt, abschließt, nur gegen den Procurator eine Klage. Wenn er endlich das Geschäft mit dem Stellvertreter als solchen ab=

---

1) Die Digesten enthalten keine Stelle, aus welcher sich die Anwendbarkeit der de in rem verso actio bei Handlungen freier Mittelspersonen folgern ließe. Ueber die hierher gezogenen l. 3. §. 2. l. 21. Dig. de in r. vers. (XV. 3.) vgl. Sell a. a. O. S. 41 u. 42.

gemacht hat, dieser also zwar zunächst verbindlich werden sollte, dabei aber gewissermaaßen auch der Dominus berücksichtigt worden war, dann erhält er nach den im Römischen Recht durch die Einführung der institoria actio geltend gewordenen Grundsätzen auch gegen den Letzteren ein Klagerecht.

Daß unsere Constitution von einem solchen Fall handelt, darauf deuten unzweifelhaft die Worte: cujus precibus meministi, und andrerseits der Umstand, daß die Kaiser nicht allgemein, sondern nur in gewissen Fällen: nisi vel — processit, vel — ratum habuit dem dritten Contrahenten eine Klage zugestehen. Der Genehmhaltung von Seiten des Dominus, die sich hier nur auf die Handlung des Gestor, nicht auf die des dritten Contrahenten beziehen kann, bedarf es, weil Letzterer dieselbe zu erzwingen nicht berechtigt, ohne den freiwilligen Consens eine Verbindlichkeit des Herrn ihm gegenüber überhaupt gar nicht vorhanden ist. Außer der Ratihabition wird aber auch noch die Bereicherung erwähnt, und die entscheidende Frage, ob hier von einer de in rem verso actio die Rede ist? hängt in ihrer Beantwortung davon ab, ob hier die Bereicherung als Bedingung des Klagerechts im Allgemeinen, oder als Grund eines gewissen direct aus ihr sich herleitenden Anspruchs namhaft gemacht wird.

Bei einem in der angegebenen Weise mit dem neg. gestor eingegangenen Vertrag kann dem Contrahenten gegen den Geschäftsherrn nach bekannten Grundsätzen überhaupt zustehen: die quasi institor. utilis und eine neg. gest. actio ad exemplum institoriae. [1]) Die Anwendbarkeit beider Klagen hängt, wie wir wissen, lediglich von der Ratihabition ab. Wird diese verweigert, so hat nur der Gestor das Recht, sie zu fordern, ist sie erfolgt, so wird der Dominus in dieser Beziehung wie ein Mandant betrachtet. Wenn es sich aber hierbei nur um die Genehmhaltung handelt, warum heißt es in unserer Constitution ausdrücklich: nisi vel — processit, vel — ratum habuit? Hier ist von zwei Bedingungen eines Klagerechts die Rede, und zwar in einer Weise, daß dasselbe, auch wenn nur eine derselben sich erfüllt, zugestanden erscheint. Die Schwierigkeit ließe sich daher, vielleicht durch die Annahme lösen, daß hier ausgesprochen sei, jene actio utilis stehe zu, wenn entweder der Herr bereichert worden sei,

---

1) Daß eine solche neg. gest. actio util. hier möglich ist, halte ich nach dem Ausspruch Papinians in l. 31. Dig. h. t. für unzweifelhaft. Meint G. Noodt: Comm. ad const. cit. diese actio utilis, so kann man daher in den von Glück. Bd. XIV. S. 420. hierüber ausgesprochnen Tadel, dem sich Sell a. a. O. S. 43 anschließt, nicht unbedingt einstimmen.

oder ratihabirt habe. Allein wie das Vorhandensein beider Erfordernisse neben einander offenbar nicht nöthig ist, vielmehr nur die Ratihabition in Betracht kommt, so muß man auch behaupten, daß, wenn letztere nicht erfolgt ist, eine oder die andere der genannten Klagen hier zuzulassen, durchaus ungerechtfertigt sein würde. Eine neg. gest. actio gleichviel ob directa oder utilis kann ihrer Natur nach nur aus dem animus neg. alien. gerendi entspringen, ihr Requisit ist die utilis gestio, auf den Erfolg, den diese gehabt hat, kommt es nicht an, der Ratihabition bedarf es dagegen jedesmal, die quasi institoria utilis setzt um von dem Dritten gegen den Herrn angestellt werden zu können, ebensowenig eine Bereicherung voraus, hängt aber ebenfalls in ihrer Anwendbarkeit von der Genehmhaltung ab, weil das Geschäft im Vertrauen auf die Einwilligung des Herrn geschlossen ist, die Klage also darauf sich stützt, daß die gehegte Erwartung in Erfüllung geht.

Keine der vorhandenen Klagen kann also angestellt werden, wenn allein eine Bereicherung vorliegt, bei keiner kommt, wenn die andere Bedingung der Ratihabition sich erfüllt, auf die Version Etwas an. Hieraus dürfen wir entnehmen, daß die Kaiser nicht von zwei Requisiten einer Klage, sondern überhaupt von zwei Fällen, in denen zwei verschiedene Klagen zulässig sind, sprechen, und wenn wir diese Ueberzeugung gewonnen haben, kann nun auch darüber kein Zweifel sein, daß durch die Erwähnung der Bereicherung in der angeführten Constitution auf die de in rem verso actio, bei der Nichts auf die Ratihabition, sondern Alles auf das objective Moment der Version ankommt [1]), hingedeutet wird. Allerdings erscheint sie von den Kaisern hier nicht erst für die Geschäftsführung freier Mittelspersonen eingeführt, es wird vielmehr dieselbe nur beiläufig erwähnt, ihre Zulässigkeit gleichsam als bekannt vorausgesetzt; allein dieß kann nur für die Meinung zeugen, daß die Klage den Römern in gewissem Maaß geläufig war [2]).

Bemerkenswerth aber ist es, daß nach der gegebenen Erklärung selbst die Erweiterung der de in rem verso actio sich durchaus auf die Negotiorum Gestio beschränkt. Daß in der Constitution nur ein Gestor nicht auch ein Mandatar als Stellvertreter angenommen wird, beweist der schon erwähnte Zusatz: vel hunc contractum ratum habuit,

1) l. 5. §. 1. Dig. de in rem verso. Pomponius ait: sive ratum habeat servi contractum dominus, sive non, de in rem verso esse actionem.

2) Eine Andeutung läßt sich in der angeführten l. 31. pr. Dig. h. t. finden: Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur — actio.

der eben nur dann, wenn von einem unbeauftragten Geschäftsführer die Rede ist, nicht als überflüssig erscheint [1]).

Das Resultat dieser Untersuchung ist also, daß der neg. gestor den Herrn durch eine Verwendung in sein Vermögen dem Dritten gegenüber verbindlich macht. In dieser Annahme würde selbst wenn die Quellen hierüber nichts enthielten, kein Verstoß gegen die Natur der de in rem verso actio liegen, diese vielmehr lediglich dieselbe Ausdehnung erhalten, die schon bei den Römern die institaria actio gefunden hat. Zum Ueberfluß findet sich aber in der const. 7. cit. ein diese Erweiterung bestätigendes Quellenzeugniß.

Eine Beantwortung der zum Theil sehr interessanten Fragen über den Umfang, in welchem die Klage gegen den Herrn angestellt werden kann, muß der selbstständigen Behandlung dieser Materie überlassen bleiben.

Fünfter Abschnitt.

Verwandte Institute und Klagen.

§. 23. Die funeraria actio [2]).

Nachdem früher die aus einer unaufgetragenen Geschäftsführung unter den Parteien selbst entstehende Verbindlichkeit ihrem Grund und Wesen nach dargestellt worden war, wurde in dem vorigen Abschnitt noch das Verhältniß entwickelt, in welches Jene durch den Verkehr mit dritten Personen treten, und nicht ohne anscheinenden Grund könnte hiermit der Gegenstand dieser Abhandlung als erschöpft angesehen werden. Es bedürfen daher, wenn an die Stelle des erwarteten Schlusses neue Untersuchungen treten, diese zunächst einer Rechtfertigung wegen der Aufnahme, die sie an dieser Stelle gefunden haben, und vor dem Vorwurf einer willkührlichen Erweiterung unserer Aufgabe müssen wir uns zuvörderst durch den Nachweis schützen, daß die Lehren, deren kurze Darstellung noch folgen soll, in einem engen und unzertrennlichem Zusammenhang mit unserm ursprünglichen Gegenstand stehen.

Wir haben die Negotiorum Gestio als die Geschäftsführung auf-

---

1) Sell a. a. O. §. 20. S. 44—46.

2) Vergl. Glück. Commentar Bd. XI. §. 772. flgd. besonders aber: K. A. Schneider die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts. Rostock 1834. Cap. VI. S. 500—511.

gefaßt, die gleichviel ob absichtlich oder unwissentlich, jedesmal aber ohne daß ein vorangehendes nöthigendes Factum sie als eine erzwingbare, und eben darum als eine nothwendige erscheinen läßt, vorgenommen wird. Mit dieser schon von den Römischen Juristen uns an die Hand gegebenen Begriffsbestimmung war sie in Gegensatz gestellt zu jeder andern Art von Besorgung fremder Angelegenheiten, die durch eine übernommene Verpflichtung geboten wird, es war zugleich das Gebiet, auf welchem wir uns zu bewegen hatten, so scharf abgezeichnet, daß eine Ueberschreitung dieser natürlichen Gränze nur da vorkommen konnte, wo, wie z. B. bei der actio neg. gest., eine sichere Auffassung der vorzutragenden Grundsätze von der Erkenntniß des Verhältnisses, in welchem die Negotiorum Gestio zu andern nothwendigen Verwaltungen steht, abhing. Innerhalb jener Gränze aber, also auf dem Boden der freiwilligen Geschäftsführung findet sich im Römischen Recht zunächst noch eine Art von Besorgung fremder Angelegenheiten, der wir den Namen einer Negotiorum Gestio in dem angenommenem Sinn nicht absprechen können, und deren Behandlung mit der Lehre von jener nur um deßwillen nicht unmittelbar verschmolzen ist, weil die durch sie begründeten Ansprüche mit einer selbstständigen, von der neg. gest. actio unabhängigen Klage realisirt werden. Diese von den Römern speziell charakterisirte Art der Gestio ist die Geschäftsführung, welche die Ausrichtung eines fremden Leichenbegängnisses zum Gegenstand hat. Abgesehen von der natürlichen, und auch in unseren Quellen anerkannten Verwandtschaft [1]) zwischen der funer. und neg. gest. actio ist eine Untersuchung über die erstere an dieser Stelle durch den einen Grund gerechtfertigt, daß die über sie geltenden Grundsätze mit den bei der letzteren anerkannten Prinzipien zusammenfallen, oder wo sie verschieden sind eben in dieser Eigenschaft besonders hervorgehoben werden.

Wir finden in unsern Quellen eine Reihe von Entscheidungen, welche für gewisse Personen die bestimmte Verpflichtung aussprechen, für das Leichenbegängniß zu sorgen. Verbindlich hierzu ist der von dem Verstorbenen besonders Erwählte und Remunerirte, der testamentarische und natürliche Erbe, die Verwandten in regelmäßiger Folgeordnung, nicht minder der Patron, wenn er bonorum possessio contra tabulas verlangt, und nach dem Tode einer Ehefrau Derjenige,

---

1) l. 14. §. 13. Dig. de relig. (XI. 7.) — Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed et q. s.

dem die dos ganz oder theilweise zufällt [1]). Offenbar liegt allen diesen Anordnungen der von Ulpian beiläufig ausgesprochene Gedanke zu Grunde: satius esse testatorem de suo funerari [2]), und wir dürfen daher bei allen hier einschlagenden Fragen es als Princip des Römischen Rechts ansehen, daß die Beerdigungskosten zunächst aus der Hinterlassenschaft aufzubringen sind, mithin als eine der Erbschaft auferlegte Last erscheinen [3]). Dieser Grundsatz der, obwohl er sich durch seine einfache Natürlichkeit empfahl, dennoch unter Verhältnissen insofern verletzend erscheinen konnte, als er eine gesetzliche Verpflichtung zuweilen da ausschloß, wo eine moralische durch die Gefühle der unter Verwandten schuldigen Pietät gebotene allerdings vorhanden war, fand aber außerdem bei den Römern seine vollständige Rechtfertigung in dem äußern Umstand, daß die hergekommene Sitte einen unverhältnißmäßigen Aufwand bei Leichenbegängnissen forderte. Vergebens waren diesen zu beschränken schon die XII Tafeln bemüht gewesen, aus spätern Schriftstellern ersehen wir, wie unbeachtet ihre Vorschriften blieben, und selbst unsere Justinianischen Rechtsquellen bezeugen es, daß ein gewisser Luxus bei Beerdigungen in Rom anerkannt, ein weit größerer mindestens gewöhnlich war [4]). Wenn aber, um das Andenken des Verstorbenen nicht zu beschimpfen, bei der Bestattung eine verhältnißmäßig reiche Pracht entfaltet werden mußte, wenn eben deßhalb das Begräbniß nicht mehr als ein Liebesdienst, sondern als eine Last erschien, der ohne Vergütung sich zu unterziehen Keinem zugemuthet werden durfte, so war es auch natürlich, daß die Vermögenssuccession den Maaßstab zu jener Verbindlichkeit abgab, die durch Verwandschaft begründete Verpflichtung hinter die nach den Vermögensverhältnissen geordnete zurücktrat.

In der That entsprach also jenes Prinzip dem Bedürfniß vollkommen bis auf den Fall, wenn die völlige Mittellosigkeit des Ver-

---

1) l. 12. §. 4. l. 15. l. 16. — l. 21. Dig. eod. Der Erbe der Frau, und Der, dem die dos zufällt, tragen die Beerdigungskosten gemeinschaftlich nach Verhältniß der ihnen zugefallenen Bereicherung: l. 23. l. 27. l. 30. §. 1. Dig. eod. — et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus est.

2) l. 14. §. 1. Dig. eod.

3) Dieß zeigt sich auch dadurch, daß die Erbschaft oder dos sich von selbst durch die Begräbnißkosten vermindert, diese selbst den Legaten vorgehen: l. 14. §. 1. l. 18. Dig. eod. l. 1. §. 19. Dig. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) Eine Abweichung von diesem Prinzip enthält die l. 33. Dig. de rel. (XI. 7.)

4) Schneider a. a. O. S. 501—503. l. 40. §. 2. Dig. de aure argent. leg. (XXXIV. 2.)

storbenen, die Weigerung des Erben die Nachlassenschaft anzutreten, oder endlich der Mangel an Verwandten die Anwendung der Zwangsvorschriften unmöglich machte. Alle diese Umstände konnten die Folge haben, daß die Bestattung unterblieb, und der Staat, dem ohnehin aus andern Rücksichten daran liegen mußte, ne insepulta corpora jacerent [1]) hatte schon wegen des öffentliches Aergernisses ein Interesse einzuschreiten, dieser Möglichkeit vorzubeugen. Unter den Mitteln aber, die jenem Uebelstand abzuhelfen geeignet waren, schien es am Gerathensten dasjenige zu wählen, welches sich zur Erreichung seines Zwecks eben der Volksgesinnung bedient, die soviel auf feierliche Beerdigungen gab. Häufig mochten in Fällen, wo ein dazu Verpflichteter fehlte, Freunde aus Rücksicht für den Verstorbenen die Bestattung übernommen haben, häufiger noch war dieß deßhalb unterblieben, weil wegen der dabei gemachten, und nach dem Herkommen nicht unbedeutenden Auslagen ein Rückforderungsrecht nicht zustand. Wurde dieses rechtlich anerkannt, so war, abgesehen von dem Verdienst, das sich hiermit die Legislation um die Vervollständigung des bestehenden Rechts erwarb, anzunehmen, daß sich eher Privatpersonen dieser Art von unaufgetragner Gschäftsführung unterziehen, und hiermit einerseits der Sitte genügen, andrerseits dem Staat eine Sorge abnehmen würden, die in ihrer Ausdehnung für ihn zu einer drückenden Last werden mußte. Aus diesen Rücksichten erließ der Prätor ein Edict: Quod funeris causa sumtus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo [2]). Dieß war die actio funeraria.

Unter den verschiednen Fragen, welche über die Natur, Zuständigkeit, Inhalt und Ausdehnung dieser Klage entstehen, gehört diejenige zu den allerschwierigsten, die ihre Nothwendigkeit in Zweifel ziehen kann. Daß der Prätor, indem er sie ins Leben rief, einem dringenden Bedürfniß abhalf, haben wir nur unter der Voraussetzung nachgewiesen, daß der Gestor hinsichtlich der auf das Leichenbegängniß verwendeten Kosten früher keinen klagbaren Anspruch hatte; wenn es nun den Anschein gewinnt, als ob dieß möglich gewesen wäre, so wird hiermit unmittelbar auch die Zweckmäßigkeit der funeraria actio geläugnet. In der That hatte ja aber der Prätor schon mit dem andern Edict de neg. gest. jeder unaufgetragnen Geschäftsführung rechtliche Wirkung zu verschaffen gesucht, und ausdrücklich für die Fälle, wo die Angelegenheiten eines Verstorbenen besorgt worden wa=

1) l. 12. §. 3. Dig. h. t.

2) Mitgetheilt wird es uns von Ulpian in l. 12. §. 2. Dig. eod.

ren, und es deßhalb zweifelhaft sein konnte, ob der Gestor vor der Erbschaftsantretung nicht negotia nullius gerirt habe, den Zusatz gemacht: sive negotia, quae cujusque, quum is moreretur, fuerint, gesserit, judicium dabo. Konnten nun jene Auslagen nicht mit der gewöhnlichen neg. gest. actio eingefordert werden? Man hat dieß mit dem Bemerken geläugnet, daß jener Zusatz sich nur auf Geschäfte beziehe, welche bei Lebzeiten des Erblassers hätten besorgt werden können, als ein solches aber das Begräbniß nicht anzusehen sei [1]; allein so unbestreitbar die Behauptung ist, daß Niemand bei Lebzeiten begraben, und ein Andrer dadurch als Geschäftsherr verpflichtet werden kann, so darf uns die Klarheit dieses Satzes doch nicht die Unrichtigkeit der über den Umfang jener Worte: sive negotia — aufgestellten Meinung übersehen lassen. Allerdings ist es nicht unwahrscheinlich, daß der Prätor die angegebne Erweiterung hinzuzufügen zunächst durch die Reflexion bewogen wurde, daß der Gestor, welcher seine Thätigkeit bei Lebzeiten des Dominus begonnen habe, und nach dessen Tode fortsetze, auch wegen dieser letzteren Geschäfte einen Anspruch haben und ebenso berechtigt sein müsse, als ob der Geschäftsherr noch lebe; allein aus dieser Auffassung ist die angegebne Beschränkung noch nicht zu folgern, weil, wenn selbst der Prätor diese beabsichtigte, was aber nicht wohl anzunehmen ist, er sie doch nicht ausgesprochen hat. Der Prätor sagt nicht: ich werde eine Klage geben, wenn Geschäfte besorgt worden sind, die einem Andern, oder, wenn dieser stirbt, einem Dritten angehören; er verspricht vielmehr seine Hülfe, wenn die negotia einer lebenden Person oder Angelegenheiten geführt wurden, die weil der Dominus starb für den Augenblick keinen Herrn haben, aber in der Person des Erben einen solchen bekommen. Als ein solches Geschäft könnte man das Begräbniß des Verstorbnen mit demselben Recht betrachten, wie z. B. die Auszahlung der Legate. Wenn Jemand vor dem Erbschaftsantritt die Vermächtnißnehmer in der Absicht den künftigen Erben verbindlich zu machen befriedigt, so ist ihm, wenn dieser wirklich die Hinterlassenschaft annahm, und vorausgesetzt, daß utiliter gehandelt wurde, gewiß nicht ein Anspruch auf Ratihabition und Ersatz abzusprechen; auch Legate werden erst nach dem Tode des Erblassers ausgezahlt.

Aehnliche Bedenken erheben sich gegen die Ansicht von Schneider, welcher glaubt, daß nach dem Edict de neg. gest. durch eine Geschäftsführung nach dem Tode, wie die Bestattung ist, die Klage

1) Dieser Ansicht sind: Faber, Rational. tom. II. p. II. ad l. 1. Dig. XI. 7. pag. 561. Glück a. a. O. S. 422 u. 423.

nicht begründet werden könne [1]). Schneider nimmt also nicht, wie Faber und Glück an, daß sich das Edict lediglich auf Geschäfte bezieht, die bei Lebzeiten des Geschäftsherrn besorgt werden konnten, er meint aber, daß die neg. gest. actio nur dann, wenn schon vor dem Tode des Dominus die Geschäftsführung begonnen wurde, möglich, hingegen nicht zulässig sei, wenn diese erst nach dem Ableben anfing. Müßten wir uns für die eine oder die andre der angegebnen Meinungen entscheiden, so würde unbedingt eher dieser letzteren beizutreten sein, denn wenn ungeachtet jenes Zusatzes: sive negotia — der Mangel an einem Geschäftsherrn bei einer Gestio nach dem Tode das Entstehen der Klage verhindern soll, so ist nicht auf die Qualität der Geschäfte ein Gewicht zu legen, und nach ihr zu unterscheiden, ob das neg. bei Lebzeiten des Herrn hätte gerirt werden können oder nicht, vielmehr verhindert dann eben der Umstand, daß der Dominus in dem Augenblick, wo das Geschäft geführt wurde, todt ist, das Entstehen der Verbindlichkeit. Daß aber der Prätor für diesen Fall weder eine Klage geben wollte, noch nach dem Wortlaut des Edicts eine solche gegeben hat, dieß dürfte denn doch nicht außer allem Zweifel sein. Wir finden in unsern Quellen mehrfache Beispiele, wo aus Rücksicht für den Erben Nachlaßangelegenheiten vor dessen Antritt geführt wurden, und dem Gestor, obgleich dieser ja streng genommen negotia nullius gerirte, ein Anspruch zugestanden wird [2]). Wie hier trotz des gegenwärtigen Mangels an einem Dominus die neg. gest. actio durch die Gestio begründet wird, wenn z. B. erbschaftliche Schulden bezahlt worden sind, ebenso müßte auch die Rücksicht auf den nachmaligen Erben die Klage rechtfertigen, wenn der Gegenstand der Geschäftsführung ein Leichenbegängniß war.

In der That läßt es sich wohl überhaupt nicht in Abrede stellen, daß vor Erschaffung der funeraria, wenn ein Erbe später antrat, die neg. gest. actio anwendbar war. Nur reichte sie nicht für alle Fälle aus, die erstere Klage blieb ein Bedürfniß, wenn kein Erbe sich meldete [3]). War bei einem Todesfall die Existenz eines Erben gewiß, und seine Person bekannt, so konnte dieser selbst, sofern er sich zum Erbschaftsantritt bereit erklärt hatte, angehalten werden, die Beerdigung

---

1) Schneider a. a. O. S. 507 u. 508.

2) Z. B. l. 45. §. 2. Dig. h. t. Hier wollte der Gestor ausdrücklich für den Erben, in dessen Person er irrte, handeln. Sein Klagerecht steht ihm also nur aus dem Zusatz im Edict zu, es würde sich nicht daraus erklären lassen, daß man später die hereditas selbst als dominus betrachtete.

3) Hierauf weist auch Schneider a. a. O. S. 509 ganz besonders hin.

vorzunehmen, oder es durfte ein Fremder aus Rücksicht für ihn und mit der Absicht, ihn zu verpflichten, dieß thun. Starb aber Jemand ohne Erben und Verwandte, so konnte Derjenige, welcher aus Freundschaft für den Verstorbnen das Begräbniß besorgte, seinen animus obligandi auf keine bestimmte Person richten, denn es war bei ihm nur die Absicht möglich aus der Erbschaft selbst Ersatz zu verlangen, die Erbschaft war aber ohne Vertreter [1]). Hier ließ sich die neg. gest. actio nicht anstellen, der Gestor hatte keinen rechtlichen Schutz, bis der Prätor dem Geschäftsführer das Recht gab, die ausgelegten Kosten aus der Erbschaft selbst von dem später erscheinenden Vertreter mittelst einer Klage — der funeraria actio — ersetzt verlangen zu dürfen. Dieses Prinzip, daß die funeraria zunächst und vorzugsweise für die Fälle gegeben wurde, wo kein Erbe vorhanden, und ebendeßhalb die neg. gest. actio nicht möglich war, findet vorzüglich seine Bestätigung in dem Grundsatz, den uns Ulpian in der l. 1. Dig. de rel. mittheilt: Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede. Während die Besorgung des Leichenbegängnisses selbst die reale Grundlage der funeraria actio bildet, giebt uns hier der Jurist das formale Fundament derselben an, indem er sagt, daß bei einer solchen Geschäftsführung ein Contract mit dem Erblasser, nicht eine Verpflichtung des Erben angenommen werde. Eine solche Annahme war nothwendig, da sich eben die Begräbnißklage vorzugsweise in den Fällen bewährte, wo ein Erbe fehlte, mit diesem also nicht contrahirt werden konnte, sie war außerdem aber auch übereinstimmend mit dem Grundsatz, daß der Gestor mit seinen Ansprüchen an die Hinterlassenschaft selbst gewiesen sein solle, einem Grundsatz, der bestätigt durch die privilegirte Natur der Klage [2]) sich wieder dem allgemeineren Prinzip: de suo testatorem funerandum esse anschloß.

Wenn nun aber auch die actio funeraria zunächst für solche Fälle gegeben war, in denen keine der bisher vorhandnen Klagen Anwendung finden konnte, so erhielt sie doch im Laufe der Zeit eine über diesen ursprünglichen Kreis hinausgehende größre Ausdehnung. Hiermit scheint allerdings der ihr beigelegte subsidiäre Charakter in

---

1) Später als man die Erbschaft als Persönlichkeit, die direct verpflichtet werden könne, betrachtete, war allerdings ein andrer Gesichtspunkt möglich geworden, und wir würden, wenn diese Auffassung früher geläufig gewesen wäre, vielleicht nie die funer. actio erhalten haben.

2) Paul. Sent. Recept. lib. I. tit. de sepulcr. (XXI.) §. 15. l. 14. §. 1. l. 24. 25. 26. l. 45. Dig. de relig. (XI. 7.)

Widerspruch zu stehen; allein so wenig dieser in Zweifel gezogen werden kann, so läßt sich dennoch eine Ausnahme von der Subsidiarität unsrer Klage nicht bloß aus den Quellen nachweisen, sondern auch in gewisser Beziehung rechtfertigen. Der schon oben erwähnte Umstand, daß die Begräbnißkosten in Rom verhältnißmäßig sehr bedeutend waren, zusammengehalten mit dem Recht des Geschäftsführers, aus dem Nachlaß selbst seine Befriedigung zu fordern, ließen befürchten, daß es in Folge der funer. actio häufig noch nach dem Tode zum Güterverkauf kommen könne. Diese Gefahr, die vielleicht deßhalb um so drohender erschien, weil in den Fällen, wo in Ermanglung eines Erben ein Dritter sich der Sorge der Beerdigung unterzog, wohl meistentheils keine reiche Hinterlassenschaft sie beseitigte, gebot die den Manen schuldige Rücksicht abzuwenden, und es konnte, diesen das Andenken des Todten befleckenden Schimpf fernzuhalten, kein sichreres Mittel geben als unsre Klage, deren Natur die venditio bonorum herbeizuführen besonders geeignet war, in ihrer Zulässigkeit möglichst zu beschränken. Aus diesen Gründen [1]) erklärt es sich wenn Labeo in der l. 14. §. 12. den allgemeinen Satz aufstellt: Quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse, und Ulpian in Uebereinstimmung hiermit die letztre Klage ausschließt, sobald die familiae herciscundae oder wegen eines von dem Erben ertheilten Auftrags die mandati actio zuläßt [2]). Allein die Subsidiarität der actio funeraria, die neben Klagen, wie die eben genannten, welche in einem bestehenden Verhältniß oder einem vorangehenden Factum ihren Ursprung hatten, bestimmt werden konnte, ließ sich nicht auch neben der neg. gest. actio, die sich ebenso wie die funeraria durch freiwillige Geschäftsführung und Willensrichtung begründete, festhalten. Wer als Miterbe oder Mandatar ein Begräbniß besorgt, hat in dieser Eigenschaft eine Klage, von der es möglich war festzustellen, daß sie die funer. actio ausschließen solle; wer aber ohne Auftrag sich der Bestattung unterzieht, dem steht diese oder die neg. gest. actio je nach seiner eignen Willensrichtung zu, und es kann, wenn ein Erbe vorhanden, also die Möglichkeit da war, daß er in der Absicht diesen zu verpflichten, gehandelt hat, deßhalb dieß noch nicht als ausgemacht angesehen, ihm also nicht die Berechtigung entzogen werden, in Folge seiner Absicht gleichsam mit dem Verstorbnen zu contrahiren, und aus dessen Nachlaß Schadloshaltung fordern zu wollen, die funeraria

1) Hierüber besonders ist zu vergleichen Schneider a. a. O. S. 503 u. 504.
2) l. 14. §. 12 u. 15. Dig. eod.

actio anzustellen. Ist kein Erbe aufgetreten, so kann er nur der letzteren Klage, die eben für diese Fälle besonders gegeben war, sich bedienen, hat sich aber ein Erbe gemeldet, so schließt der subsidiäre Charakter der funeraria diese nicht unbedingt aus, die Frage, ob sie oder die neg. gest. actio anwendbar ist, hängt vielmehr davon ab, ob der Gestor für den Verstorbnen oder Erben handeln wollte, und es muß, wenn er das Erstere beabsichtigte, ihm die Begräbnißklage mit ihren Vortheilen selbst dann zugelassen werden, wenn die Erbschaft schon angetreten [1]) ist. Bestätigt wird diese Ansicht durch die:

L. 14. §. 7. Dig. de rel. — Igitur aestimandum erit ab arbitro et perpendendum, quo animo sumtus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gesserit — und

§. 16. eod.: Si tamen quasi negotium heredis gerens funeravit, licet ratum non habeat, tamen funeraria eum agere posse, Labeo scribit.

So gewiß diese Klage Demjenigen nicht zustand, der lediglich mit der Absicht, den Erben verbindlich zu machen, das Leichenbegängniß ausgerichtet hatte, so konnte dennoch Labeo dieselbe dem Gestor zugestehen, wenn diese Willensrichtung nicht vorherrschend, sondern nur beiläufig vorhanden war.

So eng nun die Verbindung ist in welcher die funeraria ihrer äußeren Stellung nach zu der neg. gest. actio steht, ebenso nahe ist die innre Verwandtschaft der beiden Klagen.

Berechtigt mit der funeraria actio zu klagen ist Derjenige, welcher ohne dazu verpflichtet zu sein ein Leichenbegängniß ausgerichtet hat. Wie bei jeder andern Gestio wird auch hier der animus neg. alien. gerendi und der animus obligandi gefordert [2]), andrerseits aber auch das Klagerecht durch die Absicht zu schenken ausgeschlossen, und es wiederholt sich somit auch bei dieser Materie die für andre unaufgetragne Geschäftsführungen schon erörterte Frage, wann jene liberale Absicht präsumirt werden muß? Wir haben nun schon oben gesehen, wie dem Grundsatz gegenüber, daß wegen einer Besorgung fremder Angelegenheiten, die der unter Verwandten schuldigen Liebe, dem obsequium des Freigelaßnen oder endlich einer väterlichen Freundschaft ihren Ursprung verdankt, kein Anspruch erhoben werden könne,

---

1) A. M. ist Glück a. a. O. §. 772. S. 420. Aus der abgedruckten l. 14. §. 7. läßt sich aber gewiß nicht ohne Weiteres annehmen, daß, im Fall für den Erben gehandelt wurde, die neg. gest. actio contr. gegeben werden solle.

2) Die in dieser Beziehung bemerkenswerthen l. 14. §. 11. und l. 32. Dig. eod. haben schon oben ihre Erklärung gefunden.

der animus recuperandi des Gestor von entscheidendem Gewicht ist, und durch diesen mannichfache Modificationen des Prinzips herbeigeführt werden. Denselben Gesichtspunkt werden wir auch bei der funeraria actio festzuhalten, und demgemäß die allgemeine Regel an die Spitze zu stellen haben, daß in allen Fällen, wo nicht ein gesetzlicher Zwang zur Bestattung jede Rücksicht auf den Willen des Handelnden überflüssig macht, die entschieden dargethane Absicht das Verwendete wiederzufordern das Klagerecht verleiht. Daß diese aber unter Umständen in Form einer ausdrücklich darauf gerichteten Verwahrung sich zeigen muß, geht aus der l. 14. §. 8. hervor. Um die freiwillige Bestattung fremder Verstorbnen zu begünstigen, war die Bestimmung getroffen worden, daß das Begräbniß nicht als Act einer pro herede gestio angesehen werden solle. Nahe Verwandte die das Leichenbegängniß besorgen, hingegen sich hiermit nicht als Erben geriren wollten, pflegten deßhalb die Erklärung voranzuschicken, daß sie aus Pietät handelten. Diese Verwahrung schützte sie vor der Gefahr als Vermögensnachfolger angesehen zu werden, sie soll aber nicht hinreichen, um ihnen einen Anspruch wegen der verwendeten Kosten gegen den nachmaligen Erben zu geben, um diesen zu erhalten, müssen sie eben weil sie zugestanden haben, daß die Pietät das Motiv ihrer Handlungsweise gewesen ist, ihren Willen deutlicher und unzweifelhafter kundgegeben haben. Ist dagegen der animus erogata recuperandi nicht ausgesprochen, so muß allerdings bei Erfüllung einer Pietätspflicht durch die Bestattung bis zum Beweise seiner Existenz die liberale Absicht in einem gewissen Umfang vermuthet werden. Hier läßt sich übrigens eine unverhältnißmäßige Ausdehnung jener moralischen Verpflichtung ebenso wenig rechtfertigen, als man den animus donandi ohne Weiteres auch dann annehmen darf, wenn aus Zuneigung für den Verstorbnen oder aus reinem Mitleid gehandelt worden ist. Den besten Maaßstab giebt in ersterer Beziehung die allgemeine Sitte, die vielleicht im einzelnen Fall nicht so sicher wie eine gesetzliche Bestimmung, doch jedenfalls durchschnittlich der Volksüberzeugung entsprechender feststellt, wann die Pietät die Besorgung des Leichenbegängnisses zu übernehmen erheischt, eine Rückforderung der dabei gemachten Auslagen hingegen den Anstand verletzt, präsumtiv also nicht im Sinn des Gestor gelegen hat. Wollte man andrerseits über die herrschenden Ansichten und Gebräuche hinaus jene Annahme auch auf die Fälle sich erstrecken lassen, bei denen der Beweggrund nicht sowohl Verwandtenliebe als der allgemeinere der Freundschaft und des Mitleidens ist, so würde

man einerseits das Wesen der Thätigkeit, die sich durch die Bestattung eines Verstorbnen äußert, vollständig verkennen, andrerseits die Wirksamkeit der funeraria actio schwächen; denn die Ausrichtung eines Leichenbegängnisses für einen fremden Todten ist jederzeit eine Handlung des Erbarmens, es müßte mithin die liberale Absicht stets präsumirt, und hiermit eben jener Zweck verfehlt werden, durch das Zugeständniß eines klagbaren Rückforderungsrechts die Einzelnen zu dieser Art von unaufgetragner Geschäftsführung zu veranlassen [1]).

Außer der Absicht, fremde Angelegenheiten zu besorgen, und dem animus obligandi ist aber ebenso wie bei jeder andern Negotiorum Gestio ein Requisit der Klagberechtigung: die utilitas. Allerdings entsteht hier nicht die Frage, ob es utiliter gehandelt wär, das Geschäft — hier die Bestattung — überhaupt vorzunehmen; denn darüber kann, gleichviel wie man das utiliter versteht, wohl niemals ein Zweifel sein; allein jenes Erforderniß tritt für die Art und Weise, wie das Begräbniß vorgenommen wurde, hervor. Auch hinsichtlich des Begriffs der utilitas müssen wir aber wieder die Volkssitte als entscheidend anerkennen. Daß dieß von den Römern geschehen ist, zeigt die Bestimmung, nach welcher, während aus andern Gründen übertriebener Luxus untersagt war, andererseits die Bestattungskosten nicht zurückgefordert werden können, sobald sie mit anstößiger Sparsamkeit verwendet worden sind. Es ist Grundsatz in unsern Quellen, daß der Stand und die sonstigen Verhältnisse des Verstorbenen den Maaßstab abgeben, nach welchem das Begräbniß einzurichten ist [2]), unverkennbar sind hierbei dem Gebrauch, der sich zu einem großen und reichen Leichenpomp hinneigte, Zugeständnisse gemacht worden, obwohl ein unverhältnißmäßiger Aufwand selbst dann verworfen wird, wenn ihn der Verstorbene gewünscht hat [3]); nicht minder fordert aber das utiliter gerere andererseits auch eine anständige Bestattung. Jedes Leichenbegängniß, das durch seine Kärglichkeit die Sitte verletzt, erscheint als beschimpfend für den Todten und sein Andenken, und kann deßhalb nicht als in seinem Sinn vorgenommen betrachtet wer-

1) l. 14. §. 7. Dig. eod. — Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?

2) l. 12. §. 5. l. 14. §. 10. Dig. eod. Wenn es erlaubt wäre, aus diesen Bestimmungen über die funer. actio auf die Ansichten der Römer über die utilitas bei der neg. gestio zu schließen, so würden jene Quellenstellen einen neuen Beleg für die oben über den Begriff des: „utiliter“ aufgestellte Ansicht enthalten.

3) l. 14. §. 6. Dig. eod.

den [1]). Es ist vielleicht eine doppelte Rücksicht aus welcher in diesem Fall ein Anspruch auf Ersatz der verwendeten Kosten nicht zugelassen wird, zunächst nämlich wegen des dem Sinn des Verstorbenen nicht entsprechenden Verfahrens, und zweitens weil, wenn auch nicht absichtlich, diesem ein Schimpf angethan worden ist, den der Erbe durch Genehmigung des Geschehenen gleichsam gutheißen würde.

Ist dagegen die Bestattung auf eine gehörige und würdige Weise besorgt worden, so kann mit der funer. actio von dem nachmaligen Vertreter der Erbschaft und dessen Erben [2]) Alles gefordert werden, was hierbei aufgewendet worden ist. Hierher gehören die Kosten für die Fortschaffung und übliche Schmückung der Leiche [3]), die Verwendungen für den Ankauf einer Begräbnißstelle, und Errichtung eines Gedenksteines [4]). Ein Monument, das nicht sowohl zur Bezeichnung des Grabhügels dient, als vielmehr lediglich das Andenken des Verstorbenen feiert [5]), darf dagegen nicht ohne Weiteres errichtet, und die Ausgabe dafür als sumtus funeris angesehen werden; ebensowenig wurde ein Rückforderungsrecht gegeben, wenn Geld oder Schmuck, wie es bei den Römern Sitte sein mochte [6]), mit begraben worden war.

Im Gegensatz zu der bisher dargestellten Uebereinstimmung der funeraria und neg. gest. actio ist als besondere Eigenthümlichkeit der ersteren hervorzuheben, daß sie nicht wie die letztere durch ein Verbot des Geschäftsherrn wegfällt [7]). Der Grund dieser Bestimmung liegt nicht allein, aber wohl vorzugsweise in der Rücksicht auf das öffentliche Interesse.

§. 24. Die actio in factum zwischen dem Schuldner und dem in den Besitz eingewiesenen Gläubiger.

Der Grund, welcher die Behandlung der funeraria actio neben der Negotiorum Gestio vollständig rechtfertigte, läßt sich für die Darstellung des zwischen dem Schuldner und dem eingewiesenen Gläubiger entstehenden Rechtsverhältnisses nicht anführen. Die auf diese Weise begründete gegenseitige Obligation verdankt nicht ihren Ursprung

---

1) l. 14. §. 10. Dig. eod.
2) l. 31. §. 2. Dig. eod.
3) l. 14. §. 3 u. 4. l. 37. Dig. eod.
4) l. 14. §. 4. Dig. eod. l. 1. §. 19. l. 2. Dig. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.)
5) l. 37. §. 1. l. 42. Dig. de relig.
6) l. 40. §. 2. Dig. de aur. arg. leg. (XXXIV. 2.)
7) l. 14. §. 13. Dig. de relig.

einer freiwilligen Geschäftsführung, denn auch ohne Rücksicht darauf, daß der Gläubiger sein eignes Interesse verfolgt, wenn er die Immission nachsucht, so stellt sich diese selbst als ein Factum dar, das, einerseits die gegenseitige Verbindlichkeit hervorrufend, andrerseits dem Eingewiesenen eine Verpflichtung zur Besorgung der Angelegenheiten auferlegt. In l. 9. §. 6. Dig. de auct. jud. poss. (XLII. 5.) sagt Ulpian ausdrücklich, daß der Immittirte deßhalb verantwortlich sein solle, wenn er das Grundstück nicht vermiethet oder verkauft habe, es liegt also die Vornahme einer zweckdienlichen Negotiation ebensowenig in dem freien Arbitrium des Letzteren, als es dem Mandatar freisteht, den einmal übernommenen Auftrag nicht auszuführen [1]).

Aus diesem Grunde erscheint es denn auf den ersten Anblick durchaus ungerechtfertigt, die nothwendige Sachwaltung des Gläubigers mit der Geschäftsführung des freiwilligen Gestor zusammenzustellen; allein wenn wir neben dem Moment der Erzwingbarkeit oder Freiwilligkeit auch das Wesen der Klagen in Betracht ziehen, mit welchen jene verschiedenen Obligationen geschützt sind, so stellt sich zwischen der neg. gest. und der in factum actio, von welcher hier die Rede ist, eine so nahe Verwandtschaft heraus, daß der innere Zusammenhang, der die einzelnen Rechtsmaterien verbindet der letzteren Klage nothwendig ihren Platz an dieser Stelle anweist.

Nachdem die Geschäftsthätigkeit des Mandatars, des Vormunds und der Gesellschafter in ihren Wirkungen rechtlich geordnet war, gab man im Gegensatz hierzu mit der neg. gest. actio eine Klage, welche die unaufgetragene Geschäftsführung schützen, die aus ihr entspringenden Ansprüche realisiren sollte. So groß die Ausdehnung war, die man bei der Absicht, hiermit jeder Art von Sachwaltung rechtlichen Bestand zu verschaffen, dieser Klage zugestand, so blieben doch noch selbst Fälle ungezwungner Geschäftsführung übrig, auf die sie sich nicht anwenden ließ, noch viel weniger konnte sie sich aber auf Negotiationen erstrecken, die das Ergebniß eines gewissen Zwanges waren. Fielen diese nun nicht unter eine jener angeführten Arten gezwungner Verwaltung fremder Angelegenheiten, so konnte keine der vorhandenen Klagen angestellt, die aus ihnen entspringenden gegenseitigen Ansprüche nicht auf gerichtlichem Wege verwirklicht werden. Eine solche Lücke zeigte sich eben bei dem Verhältniß des Schuldners zu dem immittirten Gläubiger und sie auszufüllen half auch hier wieder der Prätor

1) Auch der neg. gestor ist wegen einer Unterlassung verantwortlich; aber eben nur als solcher d. h. wenn er die Geschäftsführung schon unternommen hat; der immittirte Gläubiger ist es aber sofort nach der Einweisung.

mit einem Edict nach [1]). Die neu gegründete in factum actio aber schloß sich, obgleich gegen den creditor ein Zwang auf Geschäftsthätigkeit zugelassen wurde, nicht einer der für erzwingbare Verwaltungen gegebenen Klagen an, es war die neg. gest. actio, die man bei ihrer Erschaffung und weitern Ausbildung im Auge hatte. Der Grund hiervon lag darin, daß sich hier die Rechte und Verbindlichkeiten des Gläubigers nicht wie bei andern nothwendigen Geschäftsführungen nach einem schon bestehenden Verhältniß bestimmen, vielmehr die Immission als das die Obligation begründende Factum eben nur seine Verpflichtung zum Handeln und nichts weiter enthält. Wenn ein Mandat gegeben wird, so ist es die Ertheilung des Auftrags selbst, aus welcher die Berechtigung bei gehöriger und die Verantwortlichkeit bei nicht gehöriger Erfüllung sich ergiebt, wenn ein Communionsinteressent gemeinschaftliche Geschäfte führt, so ist es die Societät, nach der sich die Frage beurtheilt, mit welchen Wirkungen dieß geschehen ist, wenn aber ein Gläubiger in den Besitz eingewiesen wird, so tritt er eben erst jetzt in ein Verhältniß zu dem Schuldner, das ihm die Geschäftsführung auferlegt, aber keinen Maaßstab zu der Bestimmung giebt, wie sie vorgenommen werden, und welcher Art die Berechtigung und Verpflichtung sein soll, die ihm daraus erwächst. Der Gläubiger handelt, wenn auch nicht freiwillig und nicht allein in fremden Angelegenheiten, weßhalb er die neg. gest. actio nicht haben kann, doch immer als unbeauftragter Vertreter, und kann bei seiner Handlungsweise lediglich dieselben Rücksichten beachten, die den neg. gestor leiten müssen. Seine Geschäftsführung ist deßhalb eine Art erzwingbarer Negotiorum Gestio, die in factum actio eine der neg. gest. actio in allen Beziehungen analoge Klage [2]).

Diese Behauptung findet denn auch in den Quellen mehrfache Bestätigung. So sagt Ulpian:

L. 9. §. 4. Dig. eod.: Generaliter etiam dicendum est, quicquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse; nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur.

---

1) l. 9. Dig. eod.: Praetor ait: Si quis, quum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituet, sive quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur, sive dolo malo ejus deterior ausa possessiones facta esse dicetur, de ea re judicium in factum dabo.

2) Als solche führt sie auch an: Puchta Lehrbuch der Pandekten §. 320.

Der Jurist, der von der Klagberechtigung des Gläubigers spricht rechtfertigt die in factum actio dadurch, daß er die Unanwendbarkeit der neg. gest. actio, die hier ebenso wenig angestellt werden kann, als sich ein Gesellschafter, nachdem er ein gemeinschaftliches Geschäft besorgt hat, ihrer bedienen darf, nachweist. Eben weil diese ihrer Natur nach nicht zulässig war, wurde die in factum actio, die man ihr nachgebildet hatte, gegeben. Ebenso heißt es von der Klage gegen den Gläubiger in:

L. 14. §. 1. Dig. eod. Paulus — Datur autem in factum actio adversus eum et omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore.

Auch in dieser Stelle wird die Zulässigkeit der neg. gest. actio ausdrücklich negirt, andrerseits aber auf das deutlichste bestimmt, daß die in factum actio ihrem Umfang nach jener Klage sich anschließt. Mit dem angeführten Edict hatte nun der Prätor die Verpflichtung und Berechtigung, endlich auch die Verantwortlichkeit des Gläubigers, wenn er dolos handelte, bestimmt, für die ersteren beiden Fälle die in factum actio gegeben, während in dem letzteren die de dolo actio Anwendung fand. Zunächst sind es die aus der besessnen Sache selbst gewonnenen Früchte, die der creditor immissus zu restituiren hat. Wenn aber unter den „fructus" nur die natürlichen und ohne Thätigkeit erwachsenden Früchte zu verstehen wären, und eine weitre Verantwortlichkeit ihm nicht obläge, so wäre eine Obligation aus einer Geschäftsführung überhaupt noch gar nicht vorhanden. Allein Ulpian der uns im Anfang der l. 9. das Edict mittheilt, und eine längre Interpretation desselben giebt, erklärt schon im ersten Paragraphen, daß dasselbe was von den Früchten, auch von jedem andern Einkommen ex re debitoris gelten solle, und aus dem Ausspruch des Paulus in l. 14. §. 1., sowie auch l. 9. §. 6., wo dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt wird, geeignete Negotiationen vorzunehmen, und den auf diese Weise gemachten Gewinn herauszugeben, ergiebt sich eine doppelte Verbindlichkeit zur Geschäftsführung und zur Restitution alles Desjenigen, was er in Folge derselben in Händen hat. Natürlich trifft ihn diese nur für die Zeit, während welcher er besitzt, daß er den Besitz nicht angetreten hat, wird ihm ebenso wenig angerechnet, als wenn er denselben freiwillig wieder aufgab, in beiden Fällen führt er ja, indem er sein eignes Interesse verfolgt, vielmehr sein eignes als ein fremdes Geschäft [1]).

1) l. 9. §. 6. Dig. eod. — et suum potius negotium creditor gerat.

Aus demselben Grund ist aber seine Haftungsverbindlichkeit eine andre als die des freiwilligen Gestor, denn während der Letztre eben weil er ohne alle äußre Veranlassung sich in fremde Angelegenheiten mischt, der strengsten Verantwortlichkeit unterliegt, haftet der eingewiesne Gläubiger nur für den dolus und culpa lata, also in geringrem Maaße als der gewöhnliche Pfandgläubiger [1]).

Im Gegensatz zu dieser Verpflichtung des creditor immissus läßt ebenso die Rücksicht, daß dieser durch die Einweisung nicht Schaden leiden soll, als besonders seine Verbindlichkeit zur Geschäftsführung ein ihm wegen der gemachten Verwendungen zustehendes Klagerecht gerechtfertigt erscheinen. Von diesem, das mit derselben in factum actio geltend gemacht wird, handelt das zweite Capitel des Edicts. Zurückgefordert können alle nicht dolos gemachten Impensen werden, doch ist die Berücksichtigung der utilitas des Herrn auch hier in l. 9. §. 3. anerkannt, wenn Ulpian sagt: si modo non magis eum expedit dedere, quam retinere.

Gleichviel aber ob die in factum actio gegen den Schuldner oder Gläubiger geht, in jedem Fall ist sie eine actio perpetua, und wird den Erben und gegen die Erben gegeben [2]). Anders verhält es sich mit der Klage aus dem dritten Capitel des Edicts, die als de dolo actio zwar dem Erben zusteht, aber nur gegen den Gläubiger selbst und zwar binnen Jahresfrist zulässig ist [3]).

---

1) l. 9. §. 5. Dig. eod.
2) l. 9. §. 7. Dig. eod.
3) l. 9. §. 8. Dig. eod.

Quellen-Register.

Vorjustinianische Quellen.

Gaji: Institutiones.

lib. II. §. 95. S. 162. 163.
lib. IV. §. 82. S. 173.
lib. IV. §. 84. S. 85.

Pauli: Sententiae receptae.

lib. I. 21. §. 15. S. 203.
lib. V. 2. §. 1. S. 171.
lib. V. 2. §. 2. S. 163.

Justinianische Quellen.

Institutiones.

II. 9. Per quas person. §. 5. S. 163. 172. 180.
III. 19. De inut. stipulat. §. 4. S. 173.
III. 19. De inut. stipulat. §. 19. S. 173.
III. 23. De emt. et vend. §. 3. S. 23.
III. 27. De oblig. quasi ex contr. §. 1. S. 1. 81. 82.
IV. 7. Quod cum eo qui. §. 4. S. 185.
IV. 7. Quod cum eo qui. §. 5. S. 186.

Digesta.

I. 1. De just. et jur.
l. 3. S. 3.
III. 2. De his qui not. inf.
l. 6. §. 5. S. 66.
III. 3. De procuratorib.
l. 33. §. 2. S. 85.
l. 68. S. 180.
l. 72. S. 180.
III. 5. De neg. gest.
l. 1. S. 2. 67.
l. 2. S. 81. 110.
III. 5. De neg. gest.
l. 3. pr. S. 1. 114.
l. 3. §. 4. S. 3. 134.
l. 3. §. 5. S. 3.
l. 3. §. 6. S. 155.
l. 3. §. 9. S. 71. 105.
l. 3. §. 10. S. 5.
l. 3. §. 11. S. 117. 118. 119. 120. 145.
l. 4. S. 118. 119.
l. 5. S. 117.
l. 5. §. 1. S. 145.
l. 6. pr. S. 3. 49. 129. 135.
l. 6. §. 1. S. 50. 127. 182. 190.
l. 6. §. 3. S. 37. 138. 141.
l. 6. §. 4. S. 42. 120.
l. 6. §. 5. S. 116.
l. 6. §. 6. S. 45. 48. 126. 139.
l. 6. §. 7. S. 136.
l. 6. §. 8. S. 38. 145.
l. 6. §. 9. S. 45. 46. 47. 55. 145.
l. 6. §. 10. S. 145.
l. 6. §. 11. S. 42. 53. 160.
l. 6. §. 12. S. 81. 82. 85. 90. 101. 102.
l. 7. S. 102.
l. 8. pr. S. 85. 89.
l. 8. §. 1. S. 81. 110.
l. 8. §. 2. S. 110.
l. 8. §. 3. S. 80. 108.
l. 9. S. 54. 55. 57. 60.
l. 10. §. 1. S. 64. 67. 70. 72. 74.
l. 11. S. 54. 74. 81. 106. 110. 111.
l. 12. §. 2. S. 74.
l. 13. S. 107.
l. 15. S. 137.
l. 16. S. 84.
l. 17. S. 94. 134.
l. 18. S. 95. 134.
l. 19. pr. S. 91. 94. 95.
l. 19. §. 1. S. 95.
l. 19. §. 2. S. 2. 115. 116. 145.
l. 19. §. 3. S. 85.
l. 19. §. 4. S. 81. 103. 113. 114.
l. 21. §. 1. S. 156. 159.
l. 21. §. 2. S. 81.
l. 21. §. 3. S. 81. 105.
l. 22. S. 64. 81. 107. 113.
l. 23. S. 14. 17. 81. 110.
l. 24. S. 45. 55. 171.
l. 25. S. 113.
l. 26. S. 109.
l. 27. S. 73. 113. 114.
l. 27. §. 1. S. 77. 78.
l. 28. S. 87. 113. 118.
l. 29. S. 2. 115. 129.
l. 31. pr. S. 189. 196.
l. 31. §. 1. S. 113.
l. 31. §. 2. S. 81. 88.
l. 31. §. 3. S. 103. 110. 113.
l. 31. §. 4. S. 117.
l. 31. §. 5. S. 129.
l. 31. §. 6. S. 130.
l. 31. §. 7. S. 122.
l. 32. pr. S. 105. 116.
l. 34. S. 77. 79.
l. 35. pr. S. 100. 101.
l. 35. §. 1. S. 91.
l. 35. §. 2. S. 91.
l. 35. §. 3. S. 100.
l. 36. S. 116.
l. 37. pr. S. 135.
l. 37. §. 1. S. 103. 108.
l. 38. S. 81. 101. 102. 103. 104.
l. 39. S. 85. 149.
l. 40. S. 122.
l. 44. S. 79.
l. 45. pr. S. 113.
l. 45. §. 2. S. 202.
l. 46. pr. S. 70. 119.
l. 47. pr. S. 140.
l. 49. S. 17. 38. 40. 128. 148.

IV. 4. De minorib.
l. 24. pr. S. 134.
V. 3. De hered. petit.
l. 16. §. 4. S. 21.
l. 20. §. 17. S. 12. 34.
l. 20. §. 18. S. 17.
l. 20. §. 21. S. 19. 25.
l. 23. S. 20.
l. 24. S. 21. 31.
l. 25. §. 17. S. 34.
l. 27. §. 1. S. 19.
l. 28. S. 12. 20.
l. 29. S. 19.
l. 31. pr. S. 149. 150.
l. 31. §. 4. S. 17.
l. 36. §. 3. S. 18. 34.
l. 36. §. 5. S. 113.
l. 50. §. 1. S. 148. 154. 160.
l. 55. S. 19.
VI. 1. De rei vindicat.
l. 16. S. 86.
l. 17. S. 37. 39.
l. 27. §. 5. S. 73.
l. 29. S. 74.
l. 38. S. 74. 113.
l. 48. S. 112. 143.
VII. 8. De usu et habitat.
l. 23. S. 73.
VIII. 5. Si serv. vind.
l. 4. §. 3. S. 122.
l. 4. §. 4. S. 122.
IX. 2. Ad leg. Aquiliam.
l. 8. S. 105.
X. 2. Famil. herciscd.
l. 20. §. 4. S. 124.
l. 25. §. 9. S. 122.
l. 25. §. 10. S. 122.
l. 25. §. 14. S. 124.
l. 25. §. 15. S. 124.
l. 25. §. 16. S. 124.
l. 51. S. 113.
X. 3. Commun. divid.
l. 4. §. 3. S. 123.
l. 5. S. 123.
l. 6. pr. S. 125.
l. 6. §. 3. S. 123.
l. 14. pr. S. 121.
l. 14. §. 1. S. 42. 112. 125. 143.
l. 19. §. 2. S. 123.
l. 29. S. 125. 143.
XI. 7. De relig. et sumt. fun.
l. 1. S. 203.
l. 12. §. 2. S. 200.
l. 12. §. 3. S. 200.
l. 12. §. 4. S. 159. 199.
l. 12. §. 5. S. 207.
l. 14. §. 1. S. 159. 199. 203.
l. 14. §. 3. S. 208.
l. 14. §. 4. S. 208.
l. 14. §. 6. S. 207.
l. 14. §. 7. S. 205. 207.
l. 14. §. 8. S. 206.
l. 14. §. 10. S. 207. 208.
l. 14. §. 11. S. 146. 159.
l. 14. §. 12. S. 204.
l. 14. §. 13. S. 198. 208.
l. 14. §. 15. S. 115. 204.
l. 14. §. 16. S. 205.
l. 15. S. 199.
l. 16. S. 199.
l. 18. S. 199.
l. 21. S. 199.
l. 23. S. 199.
l. 24. S. 203.
l. 25. S. 203.
l. 26. S. 203.
l. 27. S. 199.
l. 30. §. 1. S. 199.
l. 31. §. 2. S. 208.
l. 32. pr. S. 147.
l. 33. S. 199.
l. 37. S. 208.
l. 37. §. 1. S. 208.
l. 42. S. 208.
l. 43. S. 147.
l. 45. S. 203.
XII. 1. De reb. credit.
l. 2. §. 4. S. 177.
l. 9. §. 8. S. 176.
l. 23. S. 40. 128.
XII. 6. De cond. indeb.
l. 1. §. 1. S. 128.
l. 6. S. 177.
l. 6. §. 2. S. 55.
l. 14. S. 117.
l. 19. §. 1. S. 150.
l. 33. S. 112. 160.
l. 44. S. 128. 151.
l. 47. S. 177.
l. 57. S. 177.
l. 65. §. 9. S. 150.
XIII. 5. De pec. constit.
l. 5. §. 9. S. 174.
l. 14. §. 3. S. 176.
l. 15. S. 176.
XIII. 6. Commod. vel cont.
l. 13. §. 1. S. 35.
l. 17. §. 3. S. 81.
XIII. 7. De pign. act.
l. 6. §. 1. S. 103.
l. 11. §. 6. S. 163. 180.
l. 13. pr. S. 175.
l. 22. §. 2. S. 23.
XIV. 1. De exercit. act.
l. 1. §. 9. S. 188.
l. 1. §. 17. S. 181.
l. 1. §. 18. S. 181. 183.
l. 1. §. 24. S. 188.
XIV. 3. De inst. act.
l. 2. S. 181.
l. 19. pr. S. 188.
XIV. 5. Quod cum eo, qui.
l. 2. S. 134.
l. 4. §. 1. S. 134.
l. 4. §. 2. S. 134.
l. 6. S. 134.
XV. 1. De pecul.
l. 44. S. 126.
XV. 3. De in rem ver.
l. 1. §. 1. S. 138. 185.
l. 1. §. 2. S. 140.
l. 3. §. 2. S. 194.
l. 5. §. 1. S. 196.
l. 21. S. 194.
XV. 4. Quod jussu.
l. 1. pr. S. 186.
l. 1. §. 6. S. 186.
XVI. 1. Ad. S. C. Vellej.
l. 6. S. 121.
l. 7. S. 121.
XVI. 2. De compensat.
l. 12. S. 110.
XVI. 3. Deposit. v. c.
l. 1. §. 11. S. 118. 175.
l. 1. §. 47. S. 33.
l. 24. S. 102.
XVII. 1. Mandat. v. c.
l. 1. §. 1. S. 176.
l. 3. §. 2. S. 117.
l. 4. S. 117.
l. 6. §. 2. S. 160.
l. 8. §. 3. S. 118.
l. 8. §. 6. S. 74.
l. 10. §. 5. S. 188.
l. 10. §. 8. S. 34.
l. 18. S. 60.
l. 28. S. 149.
l. 33. S. 117.
l. 40. S. 80. 117.
l. 53. S. 118.
l. 59. §. 1. S. 116.
l. 60. §. 1. S. 58.
XVII. 2. Pro socio.
l. 23. §. 1. S. 112.
l. 26. S. 112.
l. 46. S. 128.
l. 84. S. 175.
XVIII. 1. De contrah. emt.
l. 1. §. 2. S. 176.

XVIII. 4. De hered. v. a. vend.
l. 2. §. 7. S. 14.
l. 21. S. 11. 13. 23. 36.
XVIII. 6. De peric. et comm.
l. 7. pr. S. 23. 29.
XIX. 1. De actbs. emt. vend.
l. 13. §. 13. S. 35.
l. 13. §. 18. S. 23.
l. 13. §. 25. S. 181. 183. 188.
XIX. 2. Locat conduct.
l. 54. S. 102.
XIX 5. De praescrp. verb.
l. 20. S. 35.
XX. 5. De distrah. pignorib.
l. 12. §. 1. S. 33.
XXI. 1. De aedilit edict
l. 23. §. 9. S. 30.
XXI. 2. De evictbs.
l. 55. pr. S. 86.
l. 56. §. 3. S. 86.
l. 66. §. 3. S. 127. 189.
XXII. 1. De usuris.
l. 4. §. 1. S. 23.
l. 13. §. 1. S. 102.
l 18. §. 1. S. 75.
l. 24. §. 2. S. 99.
l. 38. S. 23.
l. 41. §. 1. S. 93.
XXIV. 1. De donat. int. vir. et uxor.
l. 31. §. 2. S. 143.
XXIV. 3. Soluto matrim.
l. 22. §. 8. S. 78.
XXV. 1. De imp. in res doct. fact.
l. 9. S. 73.
l. 10. S. 73.
XXV. 3. De agn. et alend. lib.
l. 5. §. 4. S. 78.
l. 5. §. 14. S. 79.
XXVI. 1. De tutelis.
l. 7. S. 49.
XXVI. 7. De adm. et peric. tut.
l. 9. §. 7. S. 104.
l 26. S. 131.
l. 54. S. 104.
XXVII. 3. De tuteli et rat. distr.
l. 4. S. 130.
l. 4. §. 3. S. 131.
l. 16. §. 1. S. 131.
XXVII. 4. De contr. tut. et util. act.
l. 1. §. 3. S. 131.
XXVII. 5. De eo qui pro tut.
l. 1. pr. S. 129.
l. 1. §. 1. S. 129.
l. 1. §. 6. S. 129.
XXXIV. 2. De auro arg. leg.
l. 40. §. 2. S. 199. 208.
XXXV. 2. Ad. leg. Falcid.
l. 1. §. 19. S. 199. 208.
l. 2. S. 208.
XXXIX. 5. De donat.
l. 13. S. 166.
XLI. 1. De adq. rer. dom.
l. 7. §. 12. S. 143.
l. 20. §. 2. S. 172.
l. 37. §. 6. S. 167.
l. 53. S. 178.
l. 59. S. 167.
XLI. 2. De adq. vel amitt. poss.
l. 1. §. 10. S. 167.
l. 1. §. 20. S. 166.
l. 3. §. 1. S. 171.
l. 3. §. 12. S. 171.
l. 23. pr. S. 166.
l. 49. §. 2. S. 171. 181.
l. 51. S. 162.
XLI. 3. De usurp. et usucap.
l. 41. S. 163.
XLII. 5. De reb. auct. jud. poss.
l. 9. pr. S. 210.
l. 9. §. 3. S. 210.
l. 9. §. 4. S. 210.
l. 9. §. 5. S. 212.
l. 9. §. 6. S. 209. 211.
l. 9. §. 7. S. 212.
l. 9. §. 8. S. 212.
l. 14. §. 1. S. 211.
XLIV. 4. De doli mal. except.
l. 14. S. 113. 143.
XLIV. 7. De oblig. et act.
l. 5. pr. S. 1. 67. 114.
l. 11. S. 180.
l. 14. S. 95. 136.
l. 39. S. 126.
XLV. 1. De verb. oblig.
l. 4. §. 1. S. 50.
l. 38. §. 14. S. 175.
l. 38. §. 17. S. 173.
l. 79. S. 180.
l. 126. §. 2. S. 174. 177.
XLVI. 3. De solut. et liberat.
l. 12. §. 4. S. 56.
l. 17. S. 149.
l. 38. §. 2. S. 150. 155.
l. 47. §. 1. S. 135.
l. 53. S. 93. 149.
XLVI. 5. De stip. praet.
l. 5. S. 180.
XLVI. 8. Ratam rem hab.
l. 17. S. 50.
l. 18. S. 50.
XLVII. 2. De furtis.
l. 44. §. 1. S. 167.
l. 55. §. 3. S. 105.
l. 82. S. 36.
XLIX. 4. Quando appell.
l. 2. §. 1. S. 89.
XLIX. 5. De appell. rec. v. n.
l. 1. pr. S. 88.
L. 16. De verb. significiat.
l. 202. S. 117.
L. 17. De reg. jur.
l. 23. S. 105.
l. 36. S. 80,
l. 60. S. 56. 57. 58.
l. 123. pr. S. 173.

Codex.

II. 19. De neg. gest.
const. 1. S. 77. 78.
const. 2. S. 70. 113.
const. 3. S. 122. 124.
const. 6. S. 2. 115. 130.
const. 9. S. 45.
const. 10. S. 113.
const. 11. S. 77. 79. 145.
const. 12. S. 77.
const. 13. S. 77. 78.
const. 14. S. 117. 118. 119. 120.
const. 15. S. 79.
const. 16. S. 113.
const. 17. S. 109. 145.
const. 18. S. 113. 114.
const. 19. S. 45.
const. 20. S. 81. 82. 105.
const. 22. S. 81. 106.
const. 23. S. 130.
const. 24. S. 80. 117.

III. 31. De hered. petit.
const. 5. S. 150.
const. 12. §. 1. S. 129. 142. 150. 152.
III. 32. De rei vindicat.
const. 3. S. 45. 57.
const. 5. S. 112. 142.
const. 8. S. 130.
III. 36. Famil. herciscd.
const. 20. S. 45. 57. 124.
III. 42. Ad exhibend.
const. 8. S. 175.
IV. 25. De inst. et exercit. act.
const. 5. S. 188.
IV. 26. Quod cum eo qui.
const. 2. S. 135.
const. 7. §. 1. S. 194.
IV. 27. Per quas personas.
const. 1. S. 164. 180.
const. 2. S. 177.
IV. 28. Ad C. Maced.
const. 7. S. 85.
IV. 33. De usuris.
const. 24. S. 105.
IV. 39. De hered. vend.
const. 11. S. 11. 14.
IV. 50. Si quis alt.
const. 6. S. 180.
V. 14. De pact. conv.
const. 7. S. 175.
V. 37. De administr. tut.
const. 14. S. 131.
V. 51. De arbitr. tut.
const. 7. S. 129.
VI. 2. De furt.
const. 22. S. 34.
VI. 60. De bon. matern.
const. 1. S. 126.
VII. 10. De his qui a non dom.
const. 2. S. 167.
VII. 32. De adq. et ret. poss.
const. 1. S. 163. 171.
const. 8. S. 172.
VII. 45. De sent. et interlocut.
const. 8. S. 86.
VIII. 38. De contr. et committ. stip.
const. 3. S. 174.
VIII. 55. De donat. sub modo.
const. 3. S. 174.

Novellae.

Nov. LXI. S. 50.

Druck von Theod. Höhm.

Fuchs

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Chambon, Eduard Egmund Joseph,

Die Negotiorum gestio eine civilistische Abhandlung von E[duard] Chambon

Leipzig 1848

J.rom.m. 98 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566545-6